DC
(22.10.2001)
CP 80
(ISSN 44-54)

22-10-2001
FDUNL

Themis

BIBLIOTECA DA ORDEM DOS ADVOGADOS
Publicações Periódicas
Data 01/10/22
Cota TRD-599
EST -

Director
António Manuel Hespanha

Redacção
Armando Marques Guedes, Carlos Ferreira de Almeida, Jorge Bacelar Gouveia, Maria Lúcia Amaral, Miguel Poiares Maduro, Susana Brito Brasil, Teresa Pizarro Beleza

Secretária da Redacção
Isabel Xavier, Filipa Amaral

II.3 (2001)

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA

ANDERSON, Bruce (1996) *Discovery? in Legal Decision-Making.* Dordrecht/Boston/ London, Kluwer Academic Publishers.
BIDDLE, Bruce J. & THOMAS, Edwin J. (Eds.) (1966) *Rol Theory: Concepts and Researchs.* New York/London/Sidney, John Wiley & Sons, Inc.
FRANK, Jerome (1949) *Law and the Modern Mind,* London, Stevens and Sons.
LAGERSPETZ, Eerik (1995) *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions,* Dordrecht/Boston/London, Kluwer Academic Publishers.
LEWIS, David (1986) *Convention. A Philosophical Study,* Oxford, Basil Blackwell.
LLEWELLYN, Karl (1940) *Using the Newer Jurisprudence,* citado en Lloyd (1972)
LLEWELLYN, Karl (1960) *The Common Law Tradition: Deciding Appeals,* New York. Little, Brown and Co. Tomo la cita de Lloyd (1972) p. 464.
LLOYD OF HAMPSTEAD, Denis (1972, 3d. edition) *Introduction to Jurisprudence,* London, Stevens and Sons.
NINO, Carlos (1989) *El Constructivismo Ético,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
SALMON, Wesley (1988) *Rational Prediction,* in Curd M. & Cover J.A. *Philosophy of Science. The Central Isssues,* New York/London, W.W. Norton & Company. 1998.
SCHAUER, Frederick (1988) Formalism?, *Yale Law Journal,* Volume 97, number 4, March 1988.
SUNSTEIN, Cass R. (1995) Problems with Rules?, *California Law Review,* vol. 83, n.° 4, July 1995.
TWINING, William (1985) *Karl Llewellyn and the Realist Movement,* London, Weidenfeld and Nicolson, 1985 (2nd. edition con un "Postscript").
WALDRON, Jeremy (1989) "The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory", in *Ratio Juris* Vol. 2, n.° 1, March 1989.

QUANDO O MUNDO DAS SOBERANIAS SE TRANSFORMA NO MUNDO DAS PESSOAS: O ESTATUTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E AS CONSTITUIÇÕES NACIONAIS[1]

PAULA ESCARAMEIA[2]

ABSTRACT: The article begins with the analysis of the changing nature of present-day International Law, no longer based exclusively on the sovereign territorial unit but not yet on other actors or values either. It also looks at how the creation of the International Criminal Court is, at the same time, a product of and a challenge to this legal order. The article then focuses on a comparative study of constitutional issues that arose at the time of ratification of the treaty instituting the ICC as a consequence of the characteristics that pre-announce a new model in international legal order, namely the questions of immunities, of extradition of nationals and of life imprisonment. It then analyses the Portuguese case, the author making the argument that, legally, no amendment to the Constitution was necessary since the question is not one of interpretation of its norms but one of lack or incompleteness of concepts and institutions to deal with new realities.

I – NOTA PRÉVIA

Desde os princípios de 2001, assistiu-se a um debate intenso, em Portugal, sobre o Tribunal Penal Internacional[3], despoletado, pelo menos em parte, pela deliberação, na Assembleia da República, de que seria necessária uma revisão constitucional para que Portugal pudesse ratificar o Estatuto de Roma, que institui o dito Tribunal, e que foi aprovado em Conferência Diplomática em 17 de Julho de 1998. O debate chegou tardiamente ao nosso país, tanto mais que as negociações para redacção do Estatuto já se tinham iniciado em prin-

[1] A autora, que tem integrado a delegação representante de Portugal nas negociações para a criação do Tribunal Penal Internacional, escreve este artigo estritamente na sua qualidade académica, expressando, por isso, apenas posições pessoais.

[2] Professora do ISCSP.

[3] O texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional pode ser encontrado em várias páginas da internet, sendo fácil a sua busca na página da ONU, http://www.un.org, sob as epígrafes "International Law" e "International Criminal Court" (disponível em qualquer das seis línguas oficiais das Nações Unidas). Vários documentos adicionais estão também disponíveis na dita morada, designadamente os "Elementos dos Crimes" e as " Regras de Processo e de Prova", que complementam o Estatuto.

cípios de 1995, e assumiu um nível emocional pouco comum: as suas características mais marcantes foram a total centralização na questão da pena de prisão de prisão perpétua e o desconhecimento da inserção de todo o processo num movimento mundial, para além, muitas vezes, da falta de informação e apresentação correcta das questões.

Este pequeno estudo visa, sobretudo, agora que os trabalhos de revisão constitucional prosseguem, contribuir com uma visão internacionalista e comparativística do tema, por quem, como a autora, participou na elaboração do dito Estatatuto, como membro da delegação portuguesa, desde o início das negociações, em 1995, no âmbito da ONU, da União Europeia e do Conselho da Europa, e como investigadora e conferencista em vários projectos e universidades, sobretudo no estrangeiro, a ele ligados.

Assim, começam por se tecer, na **Introdução**, várias considerações gerais sobre a situação do Direito Internacional nos nossos dias, assinalando-se o marco histórico que a aprovação do Estatuto representou e que a entrada em funcionamento do Tribunal[4] representará na evolução para uma nova ordem jurídico-internacional. Segue-se depois uma reflexão, na secção **Problemas Constitucionais**, sobre as principais questões surgidas, a nível mundial, de compatibilização com as constituições nacionais, sendo apresentadas algumas das principais vias encontradas para as solucionar. Analisa-se então o **Caso Português**, sobretudo naquilo que tem de específico em relação à maioria das outras ordens constitucionais, concluindo-se, apesar de tal estar ultrapassado pela realidade dos factos, pela não necessidade teórica de uma revisão constitucional. Termina-se com a **Conclusão**, em que se salientam as incapacidades conceptuais do nosso ordenamento jurídico-internacional e as tentativas, nem sempre bem sucedidas, de as ultrapassar, através da mediação de princípios opostos que se concretiza na criação de figuras e instituições inovadoras que assumem carácter misto, como acontece com muitas normas do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

[4] Em 3 de Abril de 2001, data em que o presente artigo foi concluido, 139 Estados tinham assinado o Estatuto (sendo que mais nenhuns o farão, já que o período de abertura para assinatura terminou dia 31de Dezembro de 2000) e 29 tinham-no ratificado. Entre estes contam-se mais de metade dos nossos parceiros da União Europeia (Espanha, Itália, França, Alemanha, Áustria, Finlândia, Luxemburgo e Bélgica). A maioria dos observadores, não apenas entre as ONGs mas também entre os Estados, calcula que o Tribunal entrará em funcionamento em finais de 2002 ou princípios de 2003.

II – INTRODUÇÃO

Cada vez mais tem sido possível observar que vivemos num período de transição na ordem mundial e no seu ordenamento jurídico, num momento de passagem de um modelo baseado quase que exclusivamente na divisão estatal para um modelo em que surgem novos actores com vozes activas, em que a globalização da economia e o avanço da tecnologia fizeram perder a importância que as demarcações territoriais tinham anteriormente e em que a força da protecção internacional dos direitos humanos, através da difusão da sua violação pelos media e da crescente indignação da opinião pública face aos mesmos, se apresenta como um aspecto crucial.

Períodos de transição entre modelos básicos de ordenamento como aquele que actualmente vivemos são normalmente muito ricos porque permitem a criação inovadora de instituições, já que começa a decorrer um processo de flexibilização dos esquemas teóricos anteriores, não havendo ainda qualquer substituto rígido para os mesmos que assuma uma autoridade indisputável: o Tribunal Penal Internacional, que só agora começa a aparecer como uma realidade possível, é, em grande parte, o resultado desta transição, apresentando-se como uma figura mista que reflecte princípios de ambos os modelos de ordenamento mundial e que procura resolver tensões entre princípios potencialmente antagónicos através da criação de soluções mediadoras.

O processo para a criação do Tribunal foi tecnicamente difícil (note-se o esforço envolvido em criar, pela primeira vez na história da humanidade e por negociações por consenso entre cerca de 190 estados, um verdadeiro código penal internacional, um código de processo penal internacional e uma lei orgânica de um Tribunal, já que o nome modesto de "Estatuto" não reflecte a verdadeira dimensão do seu conteúdo), mas foi, sobretudo politicamente árduo, como será fácil de ver.

A questão fundamental não foi tanto a diversidade cultural na redacção de cada preceito mas, mais estruturalmente, o confronto entre os Estados que davam prioridade à questão humana sobre a estabilidade de regimes e aqueles que defendiam este segundo aspecto à custa do primeiro. Estes Estados mantiveram-se contra o projecto desde início, tendo a maioria deles, em fases já adiantadas das negociações, quando a força anímica do mesmo passou a ser indiscutível, passado à tentativa de esvaziamento do seu conteúdo substantivo ou à de modificações em normas fundamentais de modo a criar excepções que melhor servissem os seus pontos de vista.

Este confronto levou à necessidade de criação de um grupo de Estados "Like-Minded", de que Portugal foi um dos fundadores, que acordou princípios de estratégia negocial e manteve um contacto estreito com as muitas

ONGs que acompanharam activamente todo o processo. O confronto levou também a que o Estatuto tivesse que ser aprovado por tratado internacional (vinculando assim, em princípio, apenas os Estados-Partes) e não por revisão da Carta da ONU, o que teria uma força indiscutivelmente superior, a que fosse dada aplicação à ideia de complementaridade (o Tribunal só actua se os sistemas nacionais não existirem ou falharem quanto à sua credibilidade, o que se encontra sobretudo reflectido na questão da admissibilidade do art. 17.°) e a que o consentimento dos Estados fosse requerido em certas instâncias para que o processo se iniciasse (art. 12.°), para além de várias limitações nas definições dos crimes sobre os quais o Tribunal tem jurisdição (arts. 6.° a 10.°), entre muitos outros aspectos[5].

De facto, o Tribunal é a primeira instituição permanente de carácter geral que julga indivíduos intimamente ligados ao aparelho estatal, normalmente por causa do exercício do poder por esse mesmo aparelho, pelo que vai, ainda que indirectamente, pronunciar-se sobre questões de legitimidade de regimes e, sob o ponto de vista dos que mais se opuseram ao projecto, sobre a própria soberania de Estados. Por outro lado, se acaso o Estatuto vincula apenas os Estados-Partes, o certo é que o Tribunal pode exercer, em certas circunstâncias (derivadas do art. 12.°), a sua competência sobre indivíduos de nacionalidades distintas das dos Estados-Partes, o que tem potencial para ainda conflituar mais seriamente com a ideia de domínio reservado dos Estados.

Numa análise mais estrutural, o Estatuto de Roma vai ainda avivar problemas não resolvidos na nossa ordem mundial e no seu ordenamento jurídico, em, pelo menos, três áreas: o princípio da soberania estatal versus protecção de direitos humanos de cada indivíduo; o papel de indivíduos enquanto tais na condução e desenvolvimento da ordem mundial, designadamente da sua ordem jurídica; e, finalmente, a questão fundamental do papel do Direito perante a política, isto é, a da revisão jurídica, mormente judicial, de decisões do poder político mundial.

[5] Para mais pormenores sobre os antecedentes históricos do Estatuto de Roma, ver, da autora "O Tribunal Criminal Internacional" in *Reflexões sobre Temas de Direito Internacional*, ISCSP, Lisboa, 2001 (artigo escrito em princípios de 1999) e Lobo, António Costa "Um Tribunal à Escala Mundial", in O Mundo em Português, n.° 18, Março de 2001. Para um conhecimento mais pormenorizado das negociações, ver, entre outros, Lee, Roy ed. *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999 e Leanza, Umberto "The Rome Conference on the Establishment of an International Criminal Court: a Fundamental Step in the Strengthening of International Criminal Law" in Lattanzi, Flavia and Schabas, William *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court – vol.I*, Il Sirente, Itália, 1999. Para uma análise histórica dos antecedentes de uma justiça penal internacional e um estudo sobre os principais problemas que hoje se colocam, ver a série de publicações *Nouvelles Études Pénales*, érès, n. 13, 13bis, 13 ter e 13 quater, desde 1997 a 1999, sobretudo Bassiouni, Cherif, "Historical Survey: 1919-1998" in 13 quater, pp. 1 a 44.

Relativamente à já hoje antiga questão da soberania versus protecção dos direitos humanos, o Estatuto do Tribunal vai, mais do que qualquer outro documento até agora elaborado universalmente, incidir sobre a actuação de pessoas detentoras do poder nos vários estados, tanto mais que não reconhece quaisquer imunidades provenientes de qualquer tipo de função desempenhada no aparelho estatal, incluindo a de chefe do Estado (art. 27.°) e responsabiliza os superiores hierárquicos e comandantes militares por crimes cometidos pelos seus subordinados, fundamentalmente em casos em que os primeiros sabiam ou tinham obrigação de ter conhecimento dos mesmos, não tendo feito tudo o que era possível para os impedir (art. 28.°). Como vários dos crimes em causa só podem efectivar-se com o empenhamento e mesmo iniciativa do Estado, como é notoriamente o caso da agressão, do genocídio e de alguns crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, o Tribunal passa a ser um órgão com poderes para julgar das políticas de governos e regimes, em nome da defesa de direitos fundamentais de indivíduos e comunidades humanas. A tensão entre estes dois aspectos nunca foi definitivamente resolvida em Direito Internacional, com a Carta da ONU ainda a prescrever, no n.° 7 do art. 2.°, a sacralidade da jurisdição interna dos Estados, embora o desenvolvimento convencional na área dos direitos humanos e a prática dos Estados cada vez mais conduza à conclusão contrária[6]. Os compromissos aqui conseguidos, a nível do Estatuto, levaram a que, como concessões à ideia de soberania, ou domínio reservado dos estados, se estabelecesse um regime de complementaridade, já anteriormente referido, em relação aos tribunais nacionais (se bem que com a última palavra a pertencer ao Tribunal Internacional), e um regime de consentimento para o exercício de jurisdição, também já referido, que exige, salvo nos casos em que a situação é referida para o Tribunal pelo Conselho de Segurança, o consentimento do Estado do território ou do Estado da nacionalidade do acusado.

Quanto à problemática, também nunca clarificada devidamente, do papel que os indivíduos, enquanto tais, têm na cena internacional, não me referindo aqui ao cidadão comum mas a pessoas com funções determinantes, como sejam, para citar casos mais divulgados, o Secretário-Geral das Nações Unidas e os juízes do Tribunal Internacional de Justiça, o desconforto reside no facto de o Direito Internacional e as Relações Internacionais assentarem, basilarmente, numa lógica de divisão estatal do mundo, tendo naturalmente dificuldades conceptuais e políticas em determinar estatutos de outras entidades

[6] O caso da intervenção da NATO no Kosovo e o caso Pinochet são apenas os exemplos mais recentes desta nova postura. O texto da Carta da ONU consta, naturalmente, da página da internet das Nações Unidas, já citada; para leitura da tradução oficial portuguesa, ver Diário da República – I Série A. n.° 117, de 22 de Maio de 1991.

que actuem nesses campos. Esse desconforto leva a uma posição de suspeita em relação à possível actuação destas entidades e reflectiu-se, de modo particularmente acutilante, no caso do Tribunal Penal Internacional, nas questões dos critérios de escolha dos juízes e do Procurador, na extrema pormenorização na descrição dos crimes, na exigência, constante do art. 9.°, da adopção dos "Elementos dos Crimes", no confronto difícil que se estabeleceu para que o Procurador pudesse ter poderes "proprio motu" para apresentar queixas perante o Tribunal e no enquadrar minucioso e deveras cauteloso desse poder (art. 15.°)[7].

Finalmente, o Estatuto aviva o problema fundamental do Direito versus Política, que toca o cerne de todo o presente sistema de relações internacionais e que se tem revelado através de tensões constantes (que afloram periodicamente na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça, como foram os casos do acórdão sobre a Nicarágua e o do parecer histórico sobre a legalidade das armas nucleares[8]) e que a Carta da ONU nunca deixou claro. A nível da elaboração do Estatuto do Tribunal Penal, esta tensão esteve sempre agudamente presente na ideia de que o próprio Tribunal correspondia à admissão da revisão judicial de decisões políticas, podendo estas não ser meramente internas mas mesmo as proferidas pelo próprio Conselho de Segurança.

Assim, foi sobretudo nas relações com este que a dita tensão se reflectiu, levando ao compromisso, constante do art. 16.°, de que nenhuma investigação ou acusação poderia iniciar-se ou prosseguir por um período de 12 meses (renováveis) se o Conselho de Segurança tal solicitasse através de resolução aprovada nos termos do Capítulo VII da Carta ("Acção em Caso de Ameaça à Paz, Ruptura da Paz e Acto de Agressão". Esta moratória foi o resultado de negociações intensas e longas, em que se esgrimiu o dito Capítulo VII da Carta

[7] Portugal foi, com a Itália e a África do Sul, o primeiro país a apresentar uma proposta, ainda no âmbito do Comité Ad Hoc, em 1995, para que o Procurador pudesse iniciar uma investigação por sua iniciativa, isto é, sem que um Estado ou o Conselho de Segurança tivessem anteriormente que apresentar uma queixa, em termos semelhantes ao prescrito nos Estatutos dos Tribunais da Ex-Jugoslávia e do Ruanda (respectivamente, nos.1 dos arts. 18.° e 17.° dos ditos Estatutos).

[8] Ver "Caso relativo às Actividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua" (Nicarágua contra Estados Unidos da América), ICJ, 1986, em que o Tribunal Internacional de Justiça considerou que as actividades dos Estados Unidos constituiam agressão, apesar de o Conselho de Segurança nunca se ter pronunciado nesse sentido, e o Parecer Consultivo de 8 de Julho de 1996 sobre a "Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares", ICJ, n.95, 1996, em que o Tribunal virtualmente considerou o seu uso ilegal, com a possível excepção da legítima defesa, sendo que o Conselho de Segurança, cujos membros permanentes são todos potências nucleares, nunca se manifestaria, obviamente, nesse sentido, pelo menos assumindo a que se mantêm as presentes circunstâncias mundiais.

nos dois sentidos, pois a sua ambiguidade, como a da maioria dos preceitos deste instrumento, tal permite.

Outra consequência relevante do confronto de poderes entre o Conselho de Segurança e o Tribunal reside no facto de, apesar de o crime de agressão, após dura luta negocial, ter sido incluido na jurisdição do Tribunal, a definição (e consequente aplicação do mesmo), ter ficado adiada, nos termos do n.° 2 do art. 5.°, para o momento de revisão do Estatuto. Jogaram aqui os interesses políticos dos membros permanentes do Conselho de Segurança e a redacção do art. 39.° da Carta, que poderá ser interpretada no sentido de dar ao Conselho de Segurança o poder (exclusivo?) de determinar a existência de uma situação de agressão. Mais do que a definição do crime, adaptável, em boa medida, da definição constante da resolução n.° 3314 "Definição de Agressão", de 1974, da Assembleia Geral, está a questão da participação do Conselho de Segurança nessa determinação, para que o Tribunal possa vir a julgar indivíduos acusados de tal crime[9].

III – PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS

Com a aprovação do Estatuto e a consequente fase de assinaturas e ratificações, a sua compatibilização com os vários ordenamentos constitucionais tornou-se uma das principais tarefas. Alguns dos problemas constitucionais surgidos têm precisamente que ver com potenciais incompatibilidades entre princípios de modelos de ordenamento mundial sucessivos, bem como com o facto de que as próprias constituições incluem frequentemente normas potencialmente contraditórias sem que se dê, muitas vezes, indicações sobre a sua hierarquia, criando reais dilemas na incorporação do Direito Internacional na ordem interna.

Como é sabido, surgiram fundamentalmente três tipos de problemas constitucionais fundamentais relativamente à incorporação do Estatuto de Roma nos vários Direitos internos: a proibição da extradição de nacionais, as imuni-

[9] Apesar de a definição deste crime só vir a ser aprovada aquando da revisão do Estatuto, nos termos dos seus arts. 121.° e 123.°, funciona desde 1999 um Grupo de Trabalho, no âmbito da Comissão Preparatória criada pela resolução F da Conferência de Roma, que tem vindo a discutir a questão. Foram já em número significativo as propostas apresentadas sobre a definição e condições de exercício da competência do Tribunal face ao crime de agressão, entre as quais uma de Portugal conjuntamente com a Grécia, mas ainda nenhuma delas reuniu o consenso necessário sequer para constituir uma base de trabalho acordada.

dades de certas autoridades, designadamente os chefes de Estado, os membros dos governos e os membros dos parlamentos, e, em casos contados, como em Portugal, a questão da prisão perpétua[10-11].

Um aspecto interessante destes três problemas fundamentais referidos é que cada um deles é baseado na defesa de princípios diferentes. Na realidade, enquanto a proibição da extradição de nacionais se fundamenta na premissa de que o mundo é dividido em Estados e de que o vínculo entre o indivíduo e o Estado, através da nacionalidade, deve ser a razão para exclusão de qualquer jurisdição estrangeira (o que reflecte uma ordem mundial baseada na soberania territorial), já as imunidades conferidas a certos indivíduos têm mais que ver com a protecção do poder estabelecido de eventuais abusos de carácter interno ou internacional (o que pode reflectir preocupações democráticas pragmáticas de preservação do poder eleito mas também convicções tão antigas com a crença na origem divina do poder político). Por outro lado, a proibição da prisão perpétua reflecte prioridades de uma ordem preocupada com a protecção do ser humano e a crença na sua reabilitação, de base universalista (o que tem potencial para se tornar uma premissa de um modelo mundial futuro).

a) A proibição de extradição de nacionais

Esta norma, comum a muitas constituições, baseia-se na convicção de que são os tribunais nacionais os órgãos mais adequados para o julgamento do indivíduo em causa. Assim, constitui um dos reflexos mais característicos de uma ordem baseada na soberania territorial e na consequente ligação do indivíduo a esta pelo vínculo da nacionalidade, a que se alia uma desconfiança na justeza e equidade de ordens de outras soberanias, a ela exteriores.

[10] Para a questão da incorporação do Estatuto de Roma nas ordens internas, ver, sobretudo, Kress, Claus e Lattanzi, Flavia, eds. *The Rome Statute and Domestic Legal Orders* – vol. I, Nomos Verlagsgesellschaft, Il Sirente, Baden-Baden, 2000. Para a situação portuguesa ver, na dita publicação, da autora, " Notes on the Implementation of the Rome Statute in Portugal", pp. 152 a 168. Para um estudo comparado dos vários sistemas constitucionais e soluções constitucionais para aplicação do Estatuto de Roma, ver "Report on Constitutional Issues raised by the Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court" aprovado pela "Comissão para a Democracia através do Direito" do Conselho da Europa, 45.ª Sessão Plenária, Veneza, 15-16 de Dezembro de 2000, CDI-INF (2001).

[11] Não serão abordados neste artigo outros problemas constitucionais por não serem tão fundamentais face à Constituição portuguesa. Entre estes contam-se o exercício da prerrogativa do perdão, as aministias decretadas por lei nacional, a prescritibilidade dos crimes e a inexistência de júri no julgamento do réu pelo Tribunal, entre outros.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional pode naturalmente, numa primeira leitura, entrar em conflito com esta visão tradicional, já que exige uma cooperação plena na captura e entrega da pessoa em causa (art. 89.°) e não permite julgamentos à revelia (art. 63.°), não se fazendo qualquer distinção entre indivíduos nacionais ou estrangeiros.

Foi precisamente a percepção desta situação que levou os negociadores a estabelecer uma distinção clara entre os conceitos de extradição e entrega no art. 102.° ("Termos Usados"), reflectindo assim a diferença qualitativa entre relações horizontais Estado a Estado e relações entre um Estado e o Tribunal. Esta distinção não é, evidentemente, meramente terminológica, mas traduz a realidade de dois modos de organização distintos, que actualmente se começam a interpenetrar, isto é, o modelo tradicional de cooperação judiciária entre Estados e o modelo emergente de cooperação com uma ordem judicial da comunidade mundial, que, por isso, assume características e reflecte valores que se não podem subsumir a uma ordem estrangeira mas que antes espelham o consenso internacional. Contudo, este ponto de vista, defendido no Estatuto, de que o Tribunal Penal Internacional tem uma natureza diferente da dos tribunais nacionais, já que representa a comunidade internacional no seu todo e garante uma defesa adequada ao arguido, não podendo assim serem formuladas objecções baseadas na desconfiança face à falta de garantias no processo, tem por vezes enfrentado dificuldades.[12]

[12] No caso da Alemanha, tomou-se a decisão de rever o art. 16.°, n.° 2 da Constituição para permitir que "o Parlamento autorize a entrega de alemães a tribunais penais internacionais". Ver Jarasch, Frank e Kress, Claus "The Rome Statute and the German Legal Order", *in The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, ibid, pp. 91-112. A argumentação baseou-se fundamentalmente em três pontos, i.e. a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, os debates parlamentares sobre a entrega hipotética de nacionais ao Tribunal para a Ex-Jugoslávia e, o que provavelmente foi a razão mais importante, "... a intenção de possibilitar a extradição de alemães para todos os Estados Membros da União Europeia" (pág. 99, artigo citado), tendo em vista a "Convenção relativa à Extradição entre Estados Membros da União Europeia", de 1996. A delegação alemã à Comissão Preparatória tem insistido neste ponto, reafirmando numerosas vezes que a razão fundamental para a revisão constitucional foi a dita Convenção sobre Extradição, tendo sido apenas aproveitada a oportunidade para incluir a situação, qualitativamente diferente, da entrega ao Tribunal Penal Internacional. A emenda constitucional ao artigo 16.°, n.° 2 ("Nenhum alemão pode ser extraditado para país estrangeiro") refere: "A lei pode estatuir em sentido contrário no caso de extradiçãp para Estado Membro da União Europeia ou entrega a tribunal internacional.".

Já a Áustria, face a uma norma de carácter constitucional substantivamente semelhante (parágrafo 1 da secção 12 do "Acto de Extradição e Assistência Mútua"), entendeu não ser necessária a revisão da sua Constituição mas apenas da dita lei em que se inseria a norma de proibição de extradição de nacionais, tendo tido relevância, para esta decisão, os argumentos de que a entrega para um tribunal internacional era qualitativamente diferente da extradi-

Na realidade, tanto no Estatuto como nas Regras de Processo e Prova, os negociadores acordaram um dos mais completos e elaborados conjuntos de garantias e estabeleceram um processo que se conta entre os que mais possibilidades dá de defesa. Foi também, em parte, devido a estas objecções, baseadas num modelo de divisão estatal por soberanias territoriais, que o Tribunal foi criado por um tratado (e não como órgão das Nações Unidas), que é um produto dos Estados e vincula apenas os que nele são partes, e continuará sempre a ser supervisionado pelos mesmos, através da Assembleia de Estados Partes (art. 112.°).

De facto, muito menores foram as concessões feitas à ordem tradicional quando foram criados os dois Tribunais Ad Hoc, respectivamente para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda, já que a sua origem reside no Conselho de Segurança, as garantias para o arguido são muito menos pormenorizadas nos respectivos Estatutos e a elaboração da maioria das regras processuais foi deixada aos juízes, obviamente num momento posterior ao da aprovação dos ditos Estatutos. Ainda mais fundamental é o facto de que estes Tribunais não operam com base na complementaridade face aos orgãos judiciais nacionais mas têm prioridade sobre os mesmos[13].

ção Estado a Estado e de que se aplicava, de qualquer modo, o princípio da complementaridade. Ver Gartner, Irene "Implementation of the ICC Statute in Austria", *op. cit.*, pp. 51 a 63, que se refere, contudo, a um momento anterior à revisão da lei constitucional e à ratificação do Estatuto por este Estado.

Tanto a Alemanha como a Áustria (e, veremos, a larga maioria dos países), consideraram que, apesar das normas constitucionais sobre imunidades de certas autoridades estatais, estas não se poderiam aplicar aos crimes previstos pelo Estatuto, pelo que não procederam a nenhuma revisão das mesmas.

[13] O Estatuto do Tribunal para a Ex-Jugoslávia foi aprovado pela res. n.827 (1993) do Conselho de Segurança, nos termos que constavam do anexo do Relatório do Secretário-Geral (UN Doc. S/2507(1993)), solicitado pela res. n. 808 do Conselho de Segurança, que decidiu da criação do dito Tribunal. O Estatuto do Tribunal para o Ruanda foi aprovado pela res. 955 (1994) do Conselho de Segurança. As decisões destes Tribunais (mandatos de captura, ordens, acórdãos, etc) vinculam os Estados directamente, por força do art. 25.° da Carta das Nações Unidas, que declara: " Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.". E se acaso algumas objecções foram levantadas, no início, à legalidade da criação, pelo Conselho de Segurança, destes órgãos judiciais, o memorandum do Departamento de Assuntos Jurídicos do Secretariado da ONU, justificando-os como uma das medidas que cabem no Capítulo VII, acabou por ser aceite por praticamente todos os Estados, sendo que apenas o México mantém a sua posição de contestação da legalidade da dita criação, não participando, inclusivamente, nas votações para os juízes destes Tribunais, atitude esta em que se encontra isolado. Portugal não só nunca fez qualquer objecção à legalidade do processo de criação dos Tribunais Ad Hoc, como apresentou um candidato a juíz que foi eleito em 1997 e cumpriu um mandato de quatro anos.

Provavelmente, de qualquer modo, a tendência será para progressivamente olhar para a proibição da extradição de nacionais como um conceito a ultrapassar, mormente nos casos em que existem garantias de um julgamento sério com as adequadas defesas para o arguido. A Convenção da União Europeia sobre Extradição de 1996 é um exemplo de como a evolução se poderá processar, proibindo, no seu artigo 7.°, n.° 1, a recusa de extradição de nacionais e sendo progressivamente dificultadas as reservas que o Estado possa formular a esta norma. Aliás, em espaços alargados como a União Europeia, a criação de um sistema judicial e jurídico único já passou a fase inicial, sendo de prever a sua concretização num futuro não muito distante. A nível internacional, com a criação e funcionamento de instâncias judiciais, que recentemente também têm coberto a área da competência penal sobre indivíduos, a situação evoluirá, muito provavelmente, em sentido semelhante.

Contudo, a situação presente é ainda de proibição constitucional bastante generalizada de extradição de nacionais, não tendo a larga maioria das constituições tomado em consideração a existência de tribunais penais internacionais nem o conceito de entrega[14]: assim, o envio de uma pessoa para o Tribunal Penal Internacional exige, por vezes, uma interpretação constitucional que leve em consideração as lacunas das mesmas e a aceitação de uma ordem judicial nova, não baseada exclusivamente nas jurisdições nacionais. Tais foram os entendimentos, por exemplo, na Itália e na Noruega, para citar apenas dois entre muitos Estados, tendo ambos declarado não haver incompatibilidade alguma entre o Estatuto e as suas disposições constitucionais que proibiam a extradição de nacionais, já que o conceito de extradição, único previsto nas ditas constituições, não se podia aplicar às relações entre um Estado e o Tribunal.

b) Imunidades

O art. 27.° do Estatuto de Roma estatui claramente que "a qualidade oficial é irrelevante, em particular a de Chefe de Estado, membro do Governo ou do Parlamento, a de representante eleito ou a de funcionário público". Contudo,

[14] Constituições mais recentes, contudo, já tomam em consideração as alterações na organização mundial dos nossos dias. Talvez que o exemplo mais interessante seja o da Constituição da Estónia de 1992, que autoriza expressamente a extradição de nacionais sempre que um tratado internacional o prescreva. Ver Duffy, Helen "National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Durham, December 2000/January 2001.

a grande maioria das constituições confere imunidades a alguns destes indivíduos e esta protecção, baseada na defesa do poder instituido, visando sobretudo a garantia do exercício efectivo desse poder, tem potencial para entrar em tensão com ideias mais modernas de que os seres humanos devem ser protegidos contra certas acções, extremamente graves, do poder estabelecido[15]. A necessidade de atender aos interesses dos governados tem vindo progressivamente a desenvolver-se, não apenas através de mecanismos internos de controlo do exercício do poder político, mas também através da explicitação de excepções, muitas feitas em instrumentos internacionais, às referidas imunidades. É nesta linha que foi possível, não apenas a realização dos julgamentos de Nuremberga e Tóquio, mas também o acordo quanto à inserção do art. IV na "Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio", que declara irrelevante a qualidade oficial, a consagração do art. 41.° na "Convenção sobre Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes", que vai no mesmo sentido, e a prescrição dos Estatutos dos dois Tribunais Ad Hoc (art. 7.°, n.° 2 do da Ex-Jugoslávia e art. 6.°, n.° 2 do do Ruanda), que também a repetem.

As normas constitucionais variam de modo significativo na protecção que conferem a detentores do poder, sendo as imunidades de que gozam os monarcas as mais extensas, precisamente pelas razões tradicionais já invocadas e porque estas entidades são frequentes vezes consideradas como a personificação, em termos permanentes, do próprio Estado. Muitas constituições, contudo, atribuem imunidades em situações muito mais restritas, por vezes apenas para funções oficiais e frequentemente com possibilidade de levantamento por parte dos parlamentos, sendo que esta variedade reflecte a mistura entre a ideia de protecção do poder estabelecido e a de protecção dos indivíduos dos abusos desse mesmo poder. Nos dias de hoje, a necessidade de protecção dos direitos dos indivíduos tornou-se de tal modo forte que todas as monarquias que até agora ratificaram o Estatuto, como foram os casos da Espanha, Noruega, Bélgica

[15] Praticamente todas as constituições do mundo prevêem imunidades para certos tipos de entidades oficiais. Entre os Estados do Conselho da Europa, ver, sobretudo, os arts. 46.° da Constituição da Alemanha, 57.°, 58.° e 96.° da Constituição da Áustria, 76.° da Constituição da Estónia, 26.°, 68.° e 68.° -1 da Constituição da França, 75.° da Constituição da Geórgia, 49.° da Constituição da Grécia, 20.° da Constituição da Hungria, 7.° da Constituição do Liechtenstein, 64.°, 83.° e 89.° da Constituição da Ex-República Jugoslava da Macedónia, 43.° da Constituição da Holanda, 54.° e 65.° da Constituição da República Checa, 69.° e 84.° da Constituição da Roménia, 83.° e 100.° da Constituição da Eslovénia, 83.° e 85.° da Constituição da Turquia e 80.° e 105.° da Constituição da Ucrânia. No caso de Portugal, estão em causa, sobretudo, os artigos 130.°, 157.°, n.° 3 e 196.° da nossa Constituição. Ver "Report on Constitutional Issues....", Conselho da Europa, op. cit. nota 12.

e Lesoto, entenderam que as imunidades não se poderiam aplicar aos crimes neste previstos. A justificação jurídica para tal tem normalmente sido que uma acusação eventual por parte do Tribunal Penal Internacional seria meramente hipotética e representaria, de qualquer modo, o colapso total do regime em que as próprias garantias para o exercício do poder, tais como as imunidades, encontrariam a sua fundamentação. Assim, as imunidades operariam aqui de modo perverso, protegendo actos que constituiriam, eles próprios, a ruptura do sistema que deveriam proteger[16].

Tendo em atenção o elevado número de ratificações das Convenções sobre o Genocídio e a Tortura não acompanhadas da formulação de reservas relativamente às imunidades de entidades oficiais e a atitude predominante dos Estados que já ratificaram o Estatuto de Roma, bem como o consenso de que não haverá imunidades face às "violações graves" das Convenções de Genebra de 1949[17] ou face a vários crimes contra a humanidade (o que é expressamente

[16] A Bélgica decidiu ratificar o Estatuto e só posteriormente iniciar as revisões constitucionais necessárias, visando, assim, não retardar um acto com um valor simbólico essencial de empenhamento numa nova ordem judicial internacional. Optou, também, por rever a Constituição segundo o modelo francês de cláusula geral, afirmando que o Estado aceita o Estatuto de Roma, em vez de rever especificamente cada norma considerada problemática, designadamente as que consagram as imunidades do Rei, as dos Ministros e o perdão a conferir pelo monarca.

Para a argumentação em Espanha, ver Yáñez-Barnuevo, Juan and Roldán, Áurea "Spain and the Rome Statute of the International Criminal Court", *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, op.cit., págs. 197-217.

Entre os casos de repúblicas que contêm normas expressas referentes às imunidades do Presidente, membros do Governo e do Parlamento, conta-se a Finlândia, cujo Comité Parlamentar sobre Assuntos Jurídicos e Direito Constitucional concluiu, quando aprovou o Estatuto para ratificação (que ocorreu em 29 de Dezembro de 2001), que não havia qualquer contradição entre a Constituição e o Estatuto, devido à gravidade dos crimes em causa. Ver "Statement by the Representative of Finland to the 7th Session of the Preparatory Commission for the Establishment of the International Criminal Court", Nova Iorque, 26 de Fevereiro de 2001.

[17] Em 12 de Agosto de 1949, foram aprovadas, na sequência da Conferência Diplomática, em Genebra, quatro convenções, respectivamente " Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha", " Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar", "Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra" e "Convenção de Genebra Relativa à Protecção de Pessoas Civis em Tempo de Guerra"; em 10 de Junho de 1977 foram adoptados 2 Protocolos adicionais, respectivamente " Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 Relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais" e "Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 Relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais". Ver, para a tradução em português, *Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949* e *Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949*, Cruz Vermelha Portuguesa, Lisboa, 1985 e

previsto, por exemplo, na Convenção sobre o Apartheid[18]), parece haver um consenso, na comunidade mundial, de que as eventuais limitações constitucionais não terão cabimento face ao tipo de crimes previstos no Estatuto ou, pelo menos, face aos crimes de genocídio e contra a humanidade. Mesmo os sistemas constitucionais com imunidades mais alargadas, como são tipicamente as monarquias relativamente ao respectivo chefe de Estado, consideraram, até agora, que estas não poderiam ser um obstáculo à prossecução dos crimes pelo Tribunal.

Salvo os casos muito contados em que Estados consideraram que as imunidades previstas na constituição eram um impedimento à ratificação do Estatuto, tendo assim antes que se proceder a uma revisão constitucional[19], a maioria interpretou as normas constitucionais de modo a não originar quaisquer conflitos com o Estatuto, utilizando argumentos como a falta de previsão, pelas mesmas, da responsabilidade internacional dos oficiais em causa, já que apenas previam as responsabilidades a nível nacional ou, através de uma análise mais estrutural, concluindo que os fundamentos para a concessão de imunidades (o exercício livre de coacção do poder) não estariam presentes na comissão dos crimes mais graves que afectam toda a comunidade internacional, pelo que não poderiam ser invocadas.

Muitos Estados terão também tido presente o princípio, que tem vindo a adquirir uma força crescente, de que o Direito Internacional consuetudinário prevê o levantamento de imunidades de altos oficiais em numerosas situações, mesmo perante a mera jurisdição de outro Estado ou de um grupo de Estados.

1988, respectivamente. Estas convenções foram a inspiração para muitas das alíneas dos artigos 7.° e 8.° do Estatuto, i.e. os crimes contra a humanidade e, sobretudo, os crimes de guerra.

As "violações graves" são infrações com um regime especial, que envolve a jurisdição universal (qualquer Estado as deverá julgar mesmo que os factos não se tenham passado no seu território nem haja qualquer vínculo com o presumível autor das mesmas). Os actos que constituem essas violações constam do artigo 50.° da 1.ª Convenção, do 51.° da 2.ª Convenção, do 130.° da 3.ª Convenção, do 147.° da 4.ª Convenção e dos arts. 11.° e 85.°, n.° 3 do Protocolo I.

[18] Ver " Convenção sobre Supressão e Punição do Crime de Apartheid", de 1973, resolução da Assembleia Geral 3068(XXVIII), sobretudo Artigo III, que exclui quaisquer imunidades baseadas na capacidade individual.

[19] A França e o Luxemburgo contam-se entre os que tomaram esta posição e optaram por uma cláusula geral de revisão da Constituição: a emenda francesa declara que " A República francesa pode reconhecer a competência do Tribunal Penal Internacional nas condições estabelecidas pelo tratado assinado a 18 de Julho de 1998" (Lei Constitucional N. 99-568, de 8 de Julho de 1999) e a emenda luxemburguesa afirma que " Nenhuma norma da Constituição constituirá obstáculo à aprovação do Estatuto do Tribunal Penal Intenracional ... e ao cumprimento das obrigações dele decorrentes nas condições prescritas pelo Estatuto." (Lei de 8 de Agosto de 2000, que reviu o artigo 118 da Constituição- A-No. 83, de 25 de Agosto de 2000, pág. 1965).

O exemplo mais recente da expressão deste princípio é, provavelmente, o acórdão da Câmara dos Lordes, no caso Pinochet, em que se pode ler: "O Direito Internacional tornou claro que certos tipos de conduta, incluindo tortura e tomada de reféns, não são aceitáveis da parte de ninguém. Isto aplica-se tanto a Chefes de Estado (ou até mais a estes), como a qualquer outra pessoa. A conclusão contrária constituiria uma farsa do Direito Internacional."[20].

Corroboram a existência deste costume internacional numerosos instrumentos que nos apontam no sentido da existência e aplicação da regra de que não há imunidades em casos de crimes como os do Estatuto: já o art. 227.° do Tratado de Versalhes instituia nesse sentido, no que foi seguido pelo art. 7.° da Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga, pelos trabalhos da Comissão de Direito Internacional[21] e pelos já referidos Convenção sobre Genocídio de 1948, e Estatutos dos Tribunais Penais para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda. Esta esta última instância judicial condenou mesmo, entre outros, o Primeiro Ministro ao tempo da prática dos crimes, Jean Kambanda, sendo de esperar que o Tribunal para a Ex-Jugoslávia venha a julgar Milosevic, em relação ao qual foi emitido um mandato de captura, pelos actos cometidos enquanto chefe de estado. Assim, parece que existe uma norma internacional costumeira no sentido da não operatividade do regime de imunidades constitucionais quando estamos perante crimes internacionais, o que se torna particularmente relevante para ordenamentos, como o nosso, que prevêem a recepção automática do direito internacional geral ou comum[22].

c) A Prisão Perpétua

O Estatuto prevê, no seu art. 77.°, a pena de prisão perpétua, "se o elevado grau de ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem".

[20] Ver "Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the Cause Rgina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others (Appelants) Ex Parte Pinochet (Respondent) (on Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division)", de 25 de Novembro de 1998.

[21] Ver, sobretudo, os trabalhos referentes aos "Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberga e no Julgamento do Tribunal" (Princípio III), de 1950 e o "Projecto de Código de Ofensas contra a Paz e Segurança da Humanidade" (art. 2.°, em 1954 e art. 7.°, em 1996).

[22] Entre as muitas normas constitucionais semelhantes ao artigo 8.°, n.° 1 da nossa Constituição (e ao seu art. 16.°), contam-se os arts. 25.° da Constituição alemã, 3.° da Constituição da Estónia, 2.° e 28.° da Constituição da Grécia, 7.° da Constituição da Hungria, 135.° da Constituição da Lituânia, 3.° da Constituição de Andorra e 9.° da Constituição da Polónia. Ver "Report on Constitutional Issues..." Conselho da Europa, op. cit.

Este preceito contraria o prescrito em algumas constituições, sobretudo ibéricas e da América Latina[23]. E se acaso os dois problemas constitucionais anteriormente referidos são baseados num modelo mais tradicional de soberania estatal e protecção do poder político instituido, a proibição da prisão perpétua reflecte preocupações mais modernas de protecção dos direitos da pessoa condenada, tais como a crença na sua reabilitação.

Os negociadores do Estatuto estavam conscientes dos problemas potenciais que a imposição de tal pena poderia originar, estabelecendo, por isso, uma série de garantias: não apenas deve tal pena ser só imposta em circunstâncias excepcionais (uma condição que não está mencionada expressamente nem no Estatuto do Tribunal para a Ex-Jugoslávia nem no do Ruanda) mas também não vigora sempre que os tribunais nacionais julguem o indivíduo, como é suposto fazerem segundo o princípio da complementaridade, já que os tribunais nacionais só aplicarão o sistema de penas nacional (art.80.°). Por outro lado, um Estado Parte nunca pode ser obrigado a executar uma eventual pena de prisão perpétua prescrita pelo Tribunal Penal Internacional, já que pode sempre formular condições na sua declaração de disponibilidade para receber pessoas condenadas, que, de qualquer modo, é sempre voluntária (art. 103.°, n.° 1)[24].

Estas normas dão garantias suficientes a Estados que estão sobretudo preocupados com a condenação dos seus nacionais mas podem ser insuficientes para outros, mormente para Portugal, que tem uma proibição constitucional absoluta de extradição sempre que se possa vir a aplicar a pena de prisão perpétua (art. 33.°, n.° 5 da Constituição). É difícil, nestes casos, argumentar que um tribunal internacional é qualitativamente diferente de tribunais de estados estrangeiros porque a razão de ser de tal proibição, isto é, a defesa do

[23] Para um estudo da situação nos países andinos, ver *La Corte Penal Internacional y los Paises Andinos*, Comisión Andina de Juristas, Peru, 2001. Todos os seis Estados assinaram o estatuto, sendo que a Venezuela também o ratificou, em 7 de Junho de 2000.

[24] A Espanha, cuja constituição tem sido interpretada no sentido de proibir a prisão perpétua, fez uma declaração, aquando da ratificação do Estatuto, no sentido de que não se disponibilizava para receber pessoas condenadas à pena de prisão perpétua: "A Espanha declara que, em momento apropriado, estará preparada para receber pessoas condenadas pelo Tribunal Penal Internacional, sob condição de que a duração da pena imposta não exceda o limite máximo estabelecido para qualquer crime na legislação espanhola."

A norma constitucional em causa é o n.° 2 do art. 25.° da Constituição espanhola, que prescreve: " As penas privativas de liberdade e as medidas de segurança estarão orientadas para a reeducação e reinserção social e não poderão consistir em trabalhos forçados...". O Supremo Tribunal Constitucional espanhol declarou a inconstitucionalidade da pena de prisão perpétua nos acórdãos 28/88 (relativo a princípios de política criminal) e 150/91 (referente aos fins das penas).

princípio da reabilitação do indivíduo, seria sempre aplicável. Os argumentos baseados na distinção entre extradição e entrega também parecem não poder ir muito longe face à ideia da reabilitação.

Contudo, outros aspectos poderiam ser invocados para tentar ultrapassar o dito problema, tais como a consagração, no Estatuto de Roma, de um processo obrigatório de revisão da sentença após 25 anos (art. 110.°, n.° 3), o que leva a que, na prática, tal pena nunca se aplique quando há reabilitação real, tanto mais que há reexame obrigatório da decisão de não redução da pena (n.° 5). Permite-se, assim, na prática, que a ideia de reabilitação vigore (a redução da pena será proferida se for preenchida alguma das condições indicadas no n.° 4, completadas pelo Regulamento Processual, que, por si mesmas, são indícios da própria ideia de reabilitação). Por outro lado, (e este aspecto tem frequentes vezes sido esquecido), devido à complementaridade, é possível invocar que um determinado Estado Parte pode sempre julgar a pessoa internamente, o que pode originar, por exemplo, revisões do seu Direito Penal e Processual Penal, mas não necessariamente da sua Constituição. Além disso, pode sempre argumentar-se que o regime de entrega a um tribunal internacional em casos de crimes tão sérios como os do Estatuto não estava previsto nas constituições, o que pode ser aliado à ideia de mudança de paradigmas na teoria jurídica internacional, criação institucional e prática [25].

Este problema, contudo, não é tão comum como os dois anteriormente anunciados. Na realidade, tanto quanto sei, Portugal é o país que tem o regime mais estrito no que se refere à prisão perpétua, sem que se estabeleçam quaisquer excepções, já que países como o Brasil, cuja Constituição também proibe penas de cartácter perpétuo (art. 5.° XLVII b)), não prescreve qualquer proibição de extradição para países que a apliquem, e permite, no seu art. 5.° XLVII a), a aplicação da pena de morte em alguns casos de graves crimes militares que têm uma natureza muito semelhante à dos crimes previstos

[25] Helen Duffy apresenta um argumento adicional para a aplicação limitada pelo Tribunal da pena de prisão perpétua: não apenas tem esta pena um carácter excepcional segundo o art. 77.° do Estatuto, mas também o Tribunal está obrigado, em função dos n.os 1 e 3 do art. 21.°, a aplicar, para além deste instrumento, os tratados internacionais, os princípios e regras de Direito Internacional e as normas e padrões internacionalmente reconhecidos, tendo a aplicação e interpretação do Estatuto que ser "consistente com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos". Entre estes, o art. 10.° do Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos, de 1966, tem um papel relevante, estatuindo o seu n.° 3 que "O sistema penitenciário consistirá no tratamento de prisioneiros com o fim essencial da sua reforma e reabilitação social.". O Tribunal tomará certamente em consideração o fim da reabilitação no momento da aplicação e da revisão da sentença. Duffy, Helen,"National Constitutional Compatibility and the International Criminal Court", *Duke Journal of International Law*, Durham, Dezembro 2000/Janeiro 2001.

no Estatuto de Roma. Outros países da América Latina, tais como a Costa Rica ou El Salvador, têm constituições que proibem expressamente a pena de prisão perpétua mas, tal como a Espanha, esse potencial problema parece estar resolvido pelo art. 103.° do Estatuto de Roma, através da condição de que tais penas não sejam aplicadas nos seus territórios, já que estas constituições não estabelecem quaisquer limitações à aplicação da pena de prisão perpétua por outros sistemas.

d) Conclusão

Estou convencida de que, de algum modo, a grande maioria dos Estados partilhou da ideia de que a criação do Tribunal Penal Internacional significava, não apenas um verdadeiro marco no desenvolvimento do Direito Internacional, mas também uma das primeiras manifestações institucionais de um novo modelo de regulamentação internacional. Esta percepção pode estar na origem do modo como foram tratados os potenciais problemas constitucionais por aqueles que já ratificaram o tratado. A larga maioria concluiu pela desnecessidade de revisão constitucional porque considerou que a extradição era diferente da entrega a um tribunal internacional, como, aliás, consta do Estatuto, que as imunidades nacionais tradicionais não deveriam ser aplicadas aos "crimes de maior gravidade, que afectam a comunidade internacional no seu conjunto" (Preâmbulo), prescindindo delas sempre que perante exigências de bom governo e defesa dos direitos mais básicos dos indivíduos, e aceitou formas de tratar com a questão da prisão perpétua.

São, aliás, várias as maneiras pelas quais os Estados podem harmonizar as suas constituições com o Estatuto: a que até agora defendi, por ser a mais simples e, no meu entender, correcta, baseia-se na interpretação das normas constitucionais de modo a torná-las compatíveis com as normas estatutárias, o que evita a pesada e morosa tarefa de um revisão constitucional. Esta via foi seguido pela maioria dos Estados que até agora ratificaram o Estatuto, já que não procederam a quaisquer revisões constitucionais. No extremo oposto situam-se vias como as utilizadas pela Alemanha, de revisão sistemática de todas as normas constitucionais que poderiam suscitar problemas (embora tenha sido considerado por este Estado que o único problema poderia ser o da extradição de nacionais), ou o método utilizado pela França e pelo Luxemburgo de inserção, na Constituição, de uma nova norma que permita a solução de todas as eventuais incompatibilidades; numa posição intermédia, outros modos poderão ser utilizados, no seguimento do método que está a ser aplicado pela Holanda de introdução de um processo especial no Parlamento para

aprovação por este do Estatuto, apesar de eventuais incompatibilidades com a Constituição, permitindo, assim, a ratificação do mesmo[26].

IV – O CASO PORTUGUÊS

Olhando agora mais especificamente para a situação em Portugal, podemos afirmar que o nosso regime contem normas constitucionais comuns a muitos outros sistemas quanto a questões como as imunidades ou a extradição de nacionais mas que, pelo contrário, é muito original no que toca à prisão perpétua. Esta originalidade não tem tanto que ver com a proibição da mesma, que, como já afirmado, é comum a vários sistemas, sobretudo latino-americanos, mas com a proibição de extradição para sistemas que apliquem a dita pena, o que constitui uma norma singular no panorama do direito constitucional comparado.

Como é sabido, a Constituição portuguesa trata da questão da incorporação do Direito Internacional na ordem interna no seu art. 8.° (sob a epígrafe "Direito Internacional"), que prescreve o seguinte:

"1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.

2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos."

A interpretação seguida para o processo de ratificação do Estatuto foi a de que, sendo o Estatuto um tratado, se aplicaria fundamentalmente a norma contida no n.° 2, embora fosse evidentemente possível defender que, em tudo aquilo em que meramente codifica o Direito consuetudinário ou os princípios gerais de Direito Internacional (o que acontece, em larga medida, por exemplo, na definição dos crimes e nos princípios gerais do Capítulo III), o n.° 1 se deveria aplicar.

Se enveredassemos por este caminho, considerando que partes do Estatuto são mero reflexo de um Direito pré-existente, muitos dos eventuais problemas

[26] Claro que este método só poderá ser utilizado se a constituição em causa não o proibir. No caso da Holanda, o art. 91.°, n.° 3 prevê expressamente que o parlamento aprove um tratado, por maioria de 2/3 de ambas as câmaras, mesmo quando haja eventuais incompatibilidades com a Constituição.

de incompatibilidade entre os dois instrumentos não surgiriam, o que é relevante mormente no caso das imunidades, sobretudo porque a Constituição não se considera hierarquicamente superior a tal tipo de normas. Na realidade, o n.° 1 afirma categoricamente que tais normas e princípios são parte integrante do Direito português, não havendo disposição alguma que prescreva a sua subordinação às normas constitucionais[27]. Para parte da doutrina, o n.° 1 pode também aplicar-se, pelo menos, a alguns tratados de direitos humanos, já que o art. 16.°, sob a epígrafe "Âmbito e Sentido dos Direitos Fundamentais", afirma:

"1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional.

2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem."

Contudo, mesmo que se defenda, como creio ser correcto, que partes do Estatuto são meras codificações do Direito Consuetudinário ou reflexo de princípios gerais aceites universalmente (e foi este o argumento utilizado constantemente pelas delegações governamentais mais conservadoras para impedir que o Estatuto inovasse o pré-existente Direito Penal Internacional), não me parece que se possa invocar que o Estatuto de Roma, no seu todo, caberia n.° 1 do art. 8.°, já que contem normas únicas, muito pormenorizadas, sobre exercício da competência do Tribunal, composição do mesmo, investigação e cooperação judicial, etc entre muitas outras, para não mencionar sequer a própria criação de uma instância penal internacional de carácter permanente.

Finalmente, um parêntesis para notar que o n.° 3 do art. 8.°, introduzido para cumprimento do princípio de aplicação directa do Direito Comunitário, se aplica sempre que o Estatuto (que é um tratado constitutivo) prescreve uma

[27] Esta interpetração do n.° 1 é partilhada por vários autores. Ver, entre outros, Pereira, André Gonçalves e Quadros, Fausto, *Manual de Direito Internacional Público*, ed. Almedina, Coimbra, 1993, pp. 116-119; Soares, Albino Azevedo, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra ed., Coimbra, 1988, pp. 94-97 e 117 e segs.; Otero, Paulo "Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais?" in O Direito 1990 III-IV, pp. 603 e segs. Para uma posição contrária, mas isolada, ver Cunha, Joaquim Silva *Direito Internacional Público*, Almedina ed. Coimbra, 1987.

Para alguns autores, a maioria das normas de direito consuetudinário e os princípios gerais de direito são também regras de ius cogens, reforçando, assim, a sua linha de pensamento de que estão hierarquicamente colocadas acima da Constituição. Ver Pereira e Quadros, *op. cit.* pp. 117 e segs..

obrigação dos Estados-Partes em relação ao Tribunal (que é uma organização internacional, composta por vários órgãos, constantes do art. 34.° do Estatuto), o que é uma constante nas partes referentes à cooperação, julgamento, execução de sentenças, etc. De notar, ainda, que as obrigações decorrentes de resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, mormente, as resultantes da criação dos dois Tribunais Penais Ad Hoc, parecem inserir-se também neste número[28].

Passemos, contudo, a concentrarmo-nos no n.° 2, pelas razões anteriormente apresentadas. Segundo o mesmo, que optou por um sistema monista, ou quase monista, dando prevalência ao Direito Internacional, para que o Estatuto possa ser aplicado deve ser ratificado e publicado no "Diário da República" (esta publicação é feita numa das línguas oficiais e em português). Assim, uma das primeiras tarefas após a assinatura do Estatuto, que ocorreu em 7 de Outubro de 1998, foi a tradução do mesmo, que, a pedido do Ministério dos Negócios Estrangeiros, foi feita pelo Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República e posteriormente revista pela Procuradoria-Geral da República e por membros da delegação portuguesa às negociações do Estatuto, que apresentaram várias sugestões.

Como representantes de vários Ministérios (Negócios Estrangeiros, Justiça, Defesa) tinham integrado, ao longo dos anos de negociação, a delegação portuguesa, o Ministério dos Negócios Estrangeiros decidiu pedir apenas um parecer jurídico à Procuradoria-Geral da República sobre a compatibilidade das normas do Estatuto com a Constituição[29]. Este parecer, emitido em Janeiro

[28] Para uma visão geral sobre a aplicabilidade de normas emanadas de órgãos de organizações a que Portugal pertence, ver, entre outros, Ramos, Rui Moura "Relações entre a Ordem Interna e o Direito Internacional Comunitário", in *op.cit.*, pp. 265-281, Vilaça/Antunes/Piçarra "Droit Constitutionnel et Droit Communautaire. Le Cas Portugais" in Rivista di Diritto Europeo, n.31, 1991, p. 301 e segs., Campos, J. Mota *As Relações da Ordem Jurídica Portuguesa com o Direito Internacional e o Direito Comunitário à Luz da Revisão Constitucional de 1992*, ISCSP, Lisboa, 1995, Medeiros, R. "Relações entre Normas constantes de Convenções Internacionais e Normas Legislativas na Constituição de 1976", in O Direito, n.122, 1990, p. 355 e segs.

[29] Embora a nossa Constituição não estatua claramente que o Direito Internacional Convencional tem um valor supra-legal (lei ordinária) e infra-constitucional, tal consequência é geralmente retirada, face à lei ordinária, do texto do n.° 2 do art. 8.°, que afirma que as convenções vigoram na ordem portuguesa enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português (do que se conclui que não podem ser revogadas por lei interna, sendo-lhe, por isso, superiores) e, face à Constituição, sobretudo pelo prescrito no Título sobre Fiscalização da Constitucionalidade, designadamente os seus artigos 277.°, n.° 2 (em que a inconstitucionalidade material de normas constantes de tratados impede a sua aplicação na ordem interna), 278.°, n.° 1 (em que o Presidente pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva de qualquer tratado internacional) e 279.°, n.os 1 e 4 (em que o Presidente deverá vetar o acordo internacional em relação ao qual o Tribunal Constitucional considerou haver

de 2000, da autoria do então Procurador-Adjunto Souto Moura, acaba por concluir, após aturado estudo das eventuais situações em que poderiam surgir incompatibilidades, pela conformidade do Estatuto com a Constituição e pela desnecessidade de revisão constitucional, apresentando, simultaneamente, uma resenha de normas ordinárias, designadamente do Código Penal, que teriam necessariamente que ser revistas.

O Governo aprovou o Estatuto e enviou-o à Assembleia da República, onde o processo se desenrolou na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias. A Comissão ouviu o parecer de vários constitucionalistas[30], que se pronunciaram pela necessidade e possibilidade de revisão da Constituição, tendo sido elaborado um parecer, aprovado pela Comissão, cujo relator foi Alberto Costa, que propõe uma revisão constitucional extraordinária, nos termos do art. 284.°, n.° 2[31], parecendo que se procederá à inserção de uma nova norma constitucional que, de forma geral, explicite genericamente que o Estatuto não contraria a Constituição, na linha da via adoptada pela França.

A posição, relativamente conservadora e cautelosa quanto à interpretação jurídica, que foi seguida pela Comissão parlamentar não deixou de surpreender a alguns dos que se encontravam envolvidos nos trabalhos de elaboração do Estatuto, tanto mais que a aprovação, pelo Governo, tinha sido rápida e pareceria que a lembrança dos crimes praticados em Timor na 2.ª metade de 1999, com o eco parlamentar tão profundo que tiveram, levaria a um modo de interpretação constitucional que dispensasse o processo moroso, e sempre incerto, da revisão especial da Constituição, na linha da dispensa que ocorreu na nossa vizinha Espanha e na larga maioria dos Estados que já ratificaram o Estatuto (entre os 29, julgo que só 3, a França, a Alemanha e o Luxemburgo procederam a revisões constitucionais)[32] e na

inconstitucionalidade, só devendo ser ratificado se a Assembleia da República o voltar a aprovar, agora por maioria de 2/3).

30 Ver, fundamentalmente, o parecer escrito de Jorge Miranda, de 23 de Janeiro de 2001, documento distribuido pela Assembleia da República, em que se conclui pela inconstitucionalidade em vários aspectos, designdamente quanto aos referidos anteriormente neste artigo, considerando ser possível a revisão por não estarem em causa os limites materiais da Constituição e propondo-se uma solução do tipo francês de cláusula geral de recepção do preceituado no Estatuto.

31 Ver Proposta de Resolução n.° 41/VIII, "Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional" Sobre a questão prévia da conformidade à Constituição, Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, doc. da Assembleia da República.

32 Num artigo publicado numa obra de Setembro de 2000 e completado em 25 de Abril desse ano, a autora escrevia acerca do processo para ratificação do Estatuto em Portugal: "Therefore, depending on how the process develops, a revision of the Constitution might be necessary or not. Needless to add, the process will be much quicker if no such revision takes place: at the

linha de interpretação teleológica proposta pelo parecer inicial da Procuradoria-Geral da República.

Contudo, o argumento principal invocado pela Comissão foi o da certeza jurídica, o que tem obviamente alguma razão de ser, especialmente se considerarmos o mundo de transição em que vivemos: se acaso a revisão constitucional se puder processar rapidamente, contornando claramente obstáculos como o dos limites materiais da revisão e não descurando também a entrega de presumíveis autores de crimes aos Tribunais Penais Ad Hoc, parece que a única desvantagem será a maior complexidade do processo, não vindo a ser afectada a questão fulcral da ratificação. Assim, numa visão pragmática da realidade, nada tenho a objectar à dita revisão, podendo mesmo reconhecer alguma vantagem quanto à questão da segurança jurídica, mas, utilizando uma perspectiva de Direito Internacional e de Direito Comparado permito-me, contudo, com o devido respeito pelas opiniões contrárias, expôr sumariamente os argumentos pelos quais creio que tal revisão não era necessária e lamentar, até, que a nossa interpretação não tenha sido mais influenciada pelas normas, princípios e jurisprudência internacionais.

Passarei então a abordar sumariamente, já que muitos dos argumentos foram expressos anteriormente neste artigo, os aspectos mais relevantes de eventuais problemas constitucionais, focando, sobretudo, a questão das imunidades, da extradição de nacionais e da prisão perpétua. Outros pontos poderiam ser aflorados, como a questão geral da soberania, aliás abordado no parecer da Comissão parlamentar de Assuntos Constitucionais mas, face

moment, it seems that it is the political will of the Government to ratify the Statute in a short period, needing only agreement of the Assembly of the Republic, in which no serious objections are foreseen so far. On the contrary, the atmosphere at the parliament seems to be of great encouragement for such pursuits, and awareness of their fundamental importance has increased very much with the dramatic events that took place in East Timor, mostly during the period immediately after the referendum of August 30, 1999, a situation deeply felt by all the Portuguese public opinion and all the political parties, regardless of their specific ideology.

The ratification process got a bit delayed due to the parliamentary elections which took place on October 10th since there was the need to resume work at the various parliamentary commissions which had to be formed after the elections. However, as no radical political changes occurred, it is highly probable that progress will not be hampered and that a strong political will to ratify the Statute will remain. These elections also delayed the process at the earlier stage of governmental approval since the Prime Minister is to be appointed by the President of the Republic "...with due regard for the results of the general election." (article 187, paragraph 1 of the Constitution) and the rest of the Government is appointed on recommendation of the Prime Minister (paragraph 2 of the referred article)." in " Notes on the Implementation of the Rome Statute in Portugal" in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, op. cit., pp. 163-164.

à situação de um Estado, como o nosso, que não apenas tem numerosos e importantes compromissos legais a nível mundial mas, sobretudo, está inserido num espaço jurídico de integração cada vez mais acelerada, parece-me que tais argumentos seriam, para além de repetitivos, atrasados no tempo, pelo menos, duas décadas.

Há ainda outras eventuais questões menores de compatibilização com a Constituição que revestem formas mais específicas, e que não abordarei neste estudo. Entre elas, saliento apenas o caso da própria existência de um tribunal não previsto na Constituição. Na realidade, o art. 209.° refere as categorias de tribunais existentes na nossa ordem, não sendo feita nenhuma referência a um tribunal internacional, e o art. 277.°, n.° 1 afirma que "São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados." Esta possível objecção parece facilmente rebatível pois, não só a existência do Tribunal Penal Internacional não viola directamente nenhuma norma constitucional, já que não existe norma alguma afirmando a proibição da existência de outros tribunais para além dos referidos no art. 209.° (e vejam-se os tribunais no âmbito da União Europeia e da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, para além do Tribunal Internacional de Justiça ou do Tribunal do Direito do Mar), mas ainda está, por outro lado, em consonância com vários princípios constitucionais, designadamente com os consagrados no art. 7.° (Relações Internacionais), cujo n.° 1 refere que Portugal se rege, nas suas relações internacionais, pelo princípio do respeito pelos direitos humanos e no art.16.° (Âmbito e Sentido dos Direitos Fundamentais), cujo n.° 1 afirma que "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional." Este ponto foi, aliás, naturalmente objecto de debate aquando da aceitação das competências do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do Tribunal de Justiça da União Europeia, nunca tendo dado origem a quaisquer problemas.

Passemos, então, de seguida, à análise rápida, e necessariamente complementar do que já foi afirmado em secções anteriores, dos preceitos constitucionais portugueses que poderiam causar eventauis problemas.

a) Relativamente à questão das Imunidades, o conflito com o art. 27.° do Estatuto estaria, fundamentalmente, no preceituado face ao Presidente da República (art. 130.° da Constituição), aos membros do Governo (art. 196.°) e aos deputados (art. 157.°)[33].

[33] A Constituição estabelece ainda algumas imunidades para juízes e, de modo mais subtil, para magistrados do Ministério Público: o art. 216.°, n.° 2 afirma que "Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as excepções consignadas na lei." e o art. 219.°, n.° 4 declara que "Os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados, e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.". A lei ordinária acabou por regular a situação: para os juízes, no art. 5.° da Lei n.° 21/85, de 30 de Julho de 1985 e no art. 369.° do Código Penal, em que se prevêem os crimes para os quais não existem imunidades; para os agentes do Ministério Público, no art. 76.°, n.° 2 da Lei n.° 60/99. Se acaso a lei ordinária pode, pois, estabelecer as situações em que não há imunidades, não há dúvida que o Estatuto de Roma também o poderá fazer, sobrepondo-se às mesmas, por lhes ser hierarquicamente superior, como já referido anteriormente. Assim, nenhum problema surge neste campo.

Relativamente ao Presidente, o art. 130.° (Responsabilidade Criminal), afirma:

"1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.

2. A iniciativa do processo cabe à Assembleia da República, mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções.

3. A condenação implica a destituição do cargo e a impossibilidade de reeleição.

4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns."

Se acaso considerarmos ser possível que os crimes previstos no Estatuto poderão ser praticados no exercício das funções de Presidente (e acórdãos internacionais recentes, entre os quais o da Câmara dos Lordes, no caso Pinochet, já citado, apontam-nos precisamente em sentido contrário), então seria necessário que a Assembleia da República, por dois terços, despoletasse todo o processo, o que, aparentemente, iria contra o estabelecido no art. 27.° do Estatuto. Contudo, parece fácil de argumentar que, se acaso o Parlamento não quisesse actuar nesse sentido, então aplicar-se-ia o art. 17.° do Estatuto do Tribunal (Questões relativas à Admissibilidade), passando o Tribunal Penal a julgar o caso devido à falta de vontade do Estado em questão em levar o julgamento avante (n.° 1 a) e n.° 2 do art. 17.°), não havendo, assim, qualquer incompatibilidade entre estes dois documentos.

Outro problema que poderia surgir, pelo menos temporariamente, residiria na letra do n.° 4, já que, por actos estranhos ao exercício das suas funções, o presidente só responde após findo o seu mandato, o que, em teoria, atendendo à duração de cinco anos de cada mandato e à possibilidade de reeleição, levaria a um período máximo de dez anos de imunidade. Contudo, parece completamente impossível que o Presidente, durante o seu mandato, pudesse praticar crimes da magnitude e extrema gravidade dos

previstos no art. 5.° do Estatuto na sua capacidade individual, sem se utilizar da sua posição.

Para além disso, o sistema de controle do exercício do poder, até pela simples consagração básica do princípio da divisão de poderes e pela fiscalização parlamentar de um sistema semi-presidencial como o nosso, torna toda esta situação uma completa utopia (a Assembleia da República tem poderes gerais de fiscalização da Constituição e das leis (art. 162.° a)), podendo, de acordo com o art. 163.° c), " ...Promover o processo de acusação contra o Presidente da República por crimes praticados no exercício das suas funções..."), tanto quanto a actos no exercício como fora do exercício das funções de Presidente. Se esta situação alguma vez ocorresse, a nossa menor preocupação seria, certamente, a das imunidades do Chefe do Estado, pois já não estariamos perante o regime instituido na Constituição e a mesma não teria qualquer validade. Foi esta a conclusão a que chegou a maioria dos Estados que ratificaram o Estatuto, considerando, assim, não haver qualquer incompatibilidade, mesmo no caso, referido anteriormente, de monarcas, que, normalmente, gozam de imunidades de carácter absoluto. Este tipo de raciocínio aliou-se ainda ao argumento que se segue.

Na realidade, talvez que o ponto mais fundamental seja ainda a questão já referida do carácter consuetudinário das imunidades em causa, o que tornaria o art. 27.° do Estatuto incorporável na nossa ordem jurídica através do n.° 1 do art. 8.° (de modo automático) e não pelo n.° 2, já que não se trata de direito convencional, tendo sido apenas codificado deste modo. Este entendimento é pacífico relativamente ao crime de genocídio, relativamente a quase, se não todos, os crimes contra a humindade e, pelo menos, quanto às violações graves das Convenções de Genebra.

De notar, sobretudo, que Portugal deve ter partilhado deste entendimento em tempos anteriores, já que a Assembleia da República não levantou quaisquer problemas de inconstitucionalidade face a normas semelhantes constantes de várias convenções ratificadas por Portugal ou a que aderimos, entre as quais se conta, como processo mais recente, a "Convenção sobre Prevenção e Punição do Crime de Genocídio", de 1948, a que Portugal aderiu em 9 de Fevereiro de 1999, não tendo feito qualquer reserva ao artigo 4.°, que prescreve: " As pessoas que tenham cometido genocídio ou qualquer dos outros actos enumerados no art. 3.° serão punidas, quer sejam governantes, funcionários ou particulares." A "Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos e Punições Cruéis, Desumanos ou Degradantes", de 1984, que foi ratificada por Portugal em 9 de Fevereiro 1989, tendo a única declaração que foi feita residido na aceitação da competência do Comité contra a Tortura para receber queixas de outros Estados partes e de indivíduos pelo alegado não cum-

primento do preceituado na Convenção, preceitua, logo no art. 1.°, como parte integrante da definição de tortura, que esta é infligida, instigada ou praticada com o consentimento ou aquiescência de oficial público ou outra pessoa actuando na sua capacidade oficial. Assim, as imunidades previstas na nossa Constituição, foram, uma vez mais, consideradas irrelevantes, como, aliás, deviam ter sido, já que se trata de Direito Internacional Consuetudinário.

São muitos outros os casos de convenções internacionais que consagram o dito princípio da irrelevância da posição oficial, como a "Convenção Internacional sobre Supressão e Punição do Crime de Apartheid", de 1973, que prescreve, no artigo 3.°, a responsabilidade penal internacional de representantes do Estado pelo encorajamento ou cooperação na comissão deste crime[34]. As Convenções de Genebra de 1949, já referidas, foram ratificadas por Portugal em 1960, tendo os Protocolos Adicionais sido ratificados em 1992. Estas convenções prevêem, pelo menos em relação a "violações graves" (que estão enumeradas no art. 50.°, 51.°, 130.° e 147.°, respectivamente, da 1.ª, 2.ª, 3.ª e 4.ª Convenções e arts. 11.°, n.° 4 e 85.°, n.° 3 do Protocolo I), não só a irrelevância de quaisquer imunidades de carácter interno mas também a obrigação das Partes contratantes de julgar os indivíduos em causa nos seus tribunais, independentemente da sua nacionalidade, numa consagração do princípio da jurisdição universal[35].

Deste modo, foi, pelo menos, pouco usual a posição da nossa Assembleia ao considerar que as imunidades previstas na Constituição eram incompatíveis com o preceituado no Estatuto, sendo que já anteriormente tinha admitido a compatibilidade de disposições substantivamente semelhantes, pelo menos em relação aos crimes de genocídio, de tortura e aos crimes de guerra que fossem violações graves das Convenções de Genebra. Não teria sido difícil considerar, como o fizeram muitos outros Estados, face ao estado actual do Direito Internacional e, entre outros, aos Estatutos dos Tribunais Ad Hoc para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda, que nos vinculam directamente, que, em relação a todos os crimes previstos no Estatuto, as imunidades não poderiam fun-

[34] Portugal não ratificou esta Convenção mas o número muito elevado de partes da mesma, o consenso mundial nos fora internacionais e as referências da jurisprudência aos seus preceitos, tornam-na, indubitavelmente, parte do Direito Consuetudinário Internacional.

[35] Ver art. 49.° da 1.ª Convenção (reproduzido nos artigos correpondentes das demais Convenções): "... Cada Parte contratante terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem praticado ou mandado praticar qualquer destas infracções graves, devendo remetê-las aos seus próprios tribunais, qualquer que seja a sua nacionalidade. Poderá também, se preferir, e segundo as condições previstas pela sua própria legislação, enviá-las para julgamento a uma outra Parte contratante interessada na causa, desde de que esta Parte contratante possua elementos de acusação suficientes contra as referidas pessoas...".

cionar, não só porque esta posição iria contra o costume internacional mas porque os próprios fundamentos das ditas imunidades seriam totalmente pervertidos, levando a que estas protegessem situações semelhantes aquelas para cujo combate foram criadas[36].

[36] Remeto para esta nota a consideração das imunidades previstas constitucionalmente para deputados e membros do Governo, já que os argumentos expostos anteriormente têm igual cabimento, muitas vezes por maioria de razão, nestes casos. Quanto aos primeiros, o art. 157.° da Constituição (Imunidades), no n.° 3, declara que "Nenhum Deputado pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia, salvo por crime doloso a que corresponda a pena de prisão referida no numero anterior [limite máximo superior a três anos] e em flagrante delito." Claro que os crimes previstos no Estatuto de Roma estariam incluidos nesta categoria no que respeita à pena aplicável mas o requisito do flagrante delito poderia, evidentemente, potencialmente excluir muitos deles. Contudo, seria sempre possível à Assembleia dar autorização para a dita detenção. Se acaso tal não sucedesse, estão aplicar-se-ia o art. 17.° do Estatuto, sendo a pessoa em causa submetida directamente à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, aplicando-se também aqui as considerações feitas anteriormente para esta situação.

Outra área de potencial incompatibilidade poderia resultar do n.° 1 do referido art. 157.° da Constituição: "Os Deputados não respondem civil, criminal ou disciplinarmente pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções." Como o art. 25.° do Estatuto considera responsável não apenas o autor material do crime mas também quem "1. b) ... ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime...", "1.c) ...for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou tentativa de prática do crime..." ou "1. d) contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime..." e, em relação crime de genocídio, também quem "1.e) ... incitar, directa e publicamente, à sua prática..", é possível imaginar que os deputados poderiam ser considerados responsáveis por uma lei que impusesse ou, pelos, autorizasse ou encorajasse, a prática destes crimes. Só que, mais uma vez, estamos no domínio do imaginário, virtualmente de impossível concretização face à Constituição vigente, em que há um controlo de poderes e em que os detentores do mesmo estão todos interligados (Ver Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra ed., Coimbra, 1991, pp. 213 e segs.). Na realidade, uma lei não existe se, após a sua aprovação pela Assembleia da República, não for promulgada pelo Presidente da República (art. 137.° Constituição). Necessita, depois, de ser referendada pelo Governo, sem o que é igualmente inexistente (art. 140.°) e posteriormente publicada no Diário da República para que possa vigorar. Durante todo este processo pode intervir igualmente o poder judicial, tanto a nível de fiscalização preventiva da constitucionalidade como, posteriormente, para verificação da constitucionalidade da mesma. Assim, a possibilidade de uma lei autorizar ou, por maioria de razão, impor a prática de crimes como os constantes do art. 5.° do Estatuto, é extremamente remota, senão mesmo completamente impossível, já que implicaria uma paralisia total do regime constitucional instituido ou a existência factual de um outro regime baseado em princípios totalmente opostos aos actuais. As consequências de tal situação estariam, naturalmente, muito para além da não-cooperação com o Tribunal Penal Internacional pois o que estaria em cause seria o próprio regime vigente.

Quanto aos membros do Governo, o art. 196.° da Constituição (Efectivação da responsabilidade criminal dos membros do Governo) prevê:

"1. Nenhum membro do Governo pode ser detido ou preso sem autorização da Assembleia da República, salvo por crime doloso a que corresponda prisão cujo limite máximo seja superior a três anos e em flagrante delito.

b) Quanto à questão da proibição constitucional da extradição de nacionais (que, mais uma vez, relembre-se, não se pode equiparar à "entrega" prevista pelo Estatuto, que define este conceito, no art. 102.° a) por contraposição a "extradição", na alínea b)), em princípio não haveria qualquer possibilidade de incompatibilidade com uma Constituição, que, como a larga maioria das leis constitucionais existentes, não previu sequer o conceito.

Contudo, a meu ver, erradamente, pelas razões já anteriormente apresentadas, a clara distinção entre estes dois institutos não tem sido levada em devida conta, e, em vez de se admitir uma lacuna na ordem constitucional, tem, por vezes, sido aplicado o regime da extradição (assim, ver o caso citado da Alemanha). Entre nós, tem sido invocado o n.° 3 do art. 33.° da Constituição como um caso de incompatibilidade com o Estatuto de Roma (que, no art. 89.°, exige uma colaboração completa na entrega de indivíduos, independentemente da sua nacionalidade), já que esta norma preceitua: "A extradição de cidadãos portuguese de território nacional só é admitida em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada e desde de que a ordem jurídica do estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.". Como é fácil de verificar, esta norma está manifestamente pensada para uma situação de extradição Estado a Estado, só assim se entendendo o condicionalismo da reciprocidade (já que o Tribunal não tem, obviamente, cidadãos que possam ser extraditados para um Estado) e mesmo a exigência de um processo justo e equitativo, que não se aplica a um tribunal internacional baseado em exigentes garantias de direitos para o réu. De qualquer modo, mesmo numa interpretação que assimile os dois institutos, vale a pena referir que, em direito constitucional comparado, a nossa proibição de extradição de nacionais é das que mais excepções consagra, revelando a fraqueza do argumento da aplicação ao caso da entrega ao Tribunal Penal Internacional.

Assim, nenhuma incompatibilidade entre o Estatuto e a Constituição surge neste caso, parecendo mesmo ter sido este o entendimento prevalecente na Lei n.° 144/99, de 31 de Agosto, que distingue as situações de cooperação judiciária internacional (Estado a Estado) das de cooperação com entidades judiciárias internacionais, designadamente nos n.os 2 e 3 do art. 1.°, em que se prescreve uma cooperação completa com os tribunais internacionais [37].

2. Movido procedimento criminal contra algum membro do Governo, e acusado este definitivamente, a Assembleia da República decidirá se o membro do Governo deve ou não ser suspenso para efeito do seguimento do processo, sendo obrigatória a decisão de suspensão quando se trate de crime do tipo referido no número anterior.".

Assim, e até porque o regime de imunidades não é tão extenso como para o caso dos deputados, aplicam-se, por maioria de razão, as considerações feitas anteriormente.

[37] Se acaso esta distinção, feita na lei, parece ser clara, o certo é que a lei de cooperação com

c) A Prisão Perpétua – Se acaso a Constituição portuguesa não tem nenhuma norma excepcional, no âmbito do Direito constitucional comparado, quanto às imunidades ou à extradição de nacionais, havendo muitos casos de Constituições que consagram regimes muito mais limitativos, ou porque o sistema de imunidades é absoluto ou porque a proibição de extradição de nacionais não admite excepções (e, note-se, mesmo assim muitos Estados consideraram não haver qualquer incompatibilidade com o Estatuto de Roma), já o mesmo não se passa com a questão da prisão perpétua. De facto, enquanto alguns Estados proibem a dita pena (em termos semelhantes aos que constam do n.° 1 do nosso art. 30.°) nenhum outro haverá cujo ordenamento proiba a extradição para países que a apliquem (nos termos do n.° 5 do art. 33.°), residindo aí, verdadeiramente, o cerne da questão.

Olhemos, mais demoradamente para esta questão: o art. 77.° do Estatuto do Tribunal prescreve que "1. ...o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no art. 5.° do presente Estatuto, uma das seguintes penas: b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau da ilicitude do facto e as condições pessoais do condenado o justificarem" enquanto o n.° 1 do art. 30.° da Constituição portuguesa declara que "Não pode haver penas nem medidas de segurança privativas ou restritivas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida."

Poder-se-ia afirmar que tal norma constitucional se aplica apenas no território português (podendo continuar a aplicar-se, já que o art. 80.° do Estatuto prescreve a aplicação das penas nacionais em todos os casos julgados internamente), sendo, por isso, irrelevante para julgamentos fora do país, como seriam os que eventualmente fossem feitos pelo Tribunal Penal Internacional[38], e que

os Tribunais Ad Hoc para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda não foi ainda aprovada pela Assembleia da República.A Proposta de Lei n. 243/VII foi aprovada na generalidade pela Assembleia (ver "Diário da Assembleia da República", I Série – N. 95, de 18 de Junho de 1999), tendo baixado à Comissão de relações Externas para discussão na especialidade, o que foi interrompido pelas eleições parlamentares de Outubro desse ano. Virtualmente o mesmo texto, agora Proposta de Lei n.° 7/VIII, foi aprovada em Conselho de Ministros em Novembro de 1999 e submetida à Assembleia da República, que a aprovou na generalidade (Ver Diário da Assembleia da República II Série – A, n.° 8, de 10 de Dezembro de 1999 e I Série, n.os 25 e 26). A proposta baixou então à Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, não tendo ainda a sua discussão sido agendada. De notar que a Proposta de Lei não considera a existência de qualquer incompatibilidade com a Constituição.

[38] O art. 80.° (Não interferência no regime de aplicação de penas nacionais e nos direitos internos) afirma que "Nada no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação de legislação de Estados que não preveja as penas referidas nesta capítulo." Assim, é claro que os tribunais portugueses nunca teriam que aplicar a pena de prisão perpétua mas apenas as penas previstas no seu direito interno.

o art. 103.°, n.° 1 b) do Estatuto (Função dos Estados na execução das penas privativas de liberdade) permitiria, em qualquer caso, que fossem impostas condições caso Portugal se declarasse disponível para receber pessoas condenadas, não podendo qualquer pena de prisão perpétua ser aqui executada[39].

Contudo, o n.° 5 do art. 33.° da Constituição torna este argumento menos plausível ao estatuir que "Só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional e desde de que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada."[40]. Assim, parece que a nossa Constituição, não só proibe a aplicação da pena de prisão perpétua em Portugal, o que seria perfeitamente compatível com o Estatuto de Roma, já que os tribunais portugueses nunca a aplicam e ela nunca tem que ser executada no nosso país, mas proibe mesmo a extradição de indivíduos para países que a possam vir a aplicar.

Contudo, como se vê, mais uma vez a norma constitucional não foi pensada para a entrega a um tribunal internacional, que representa a comunidade internacional no seu todo, mas sim para um sistema horizontal de cooperação judiciária estatal, só deste modo fazendo sentido as referências à reciprocidade. Se se seguisse esta linha de raciocínio, seria possível defender a compatibilidade com o Estatuto, novamente invocando que o art. 103.°, já referido[41].

[39] A alínea b) do n.° 1 do artigo 103.° (Função dos Estados na execução das penas privativas de liberdade) prescreve:

"Ao declarar a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas, um Estado poderá formular condições acordadas com o Tribunal e em conformidade com o presente Capítulo." Como se referiu anteriormente, a Espanha fez uma declaração, aquando da ratificação, de que não receberia pessoas condenadas a pena de prisão perpétua e Portugal poderia, naturalmente, fazer declaração semelhante.

[40] Esta norma foi apenas introduzida na revisão de 1977, no seguimento do Acórdão n.° 474/95 (Processo n.° 518/94), de 17 de Agosto de 1995, da 2.ª secção do Tribunal Constitucional, publicado no Diário da República – II Série, n.° 266, de 17 de Novembro de 1995 (conhecido correntemente por caso Varizo, nome do cidadão brasileiro, alegadamente envolvido no tráfico de estupefacientes para os Estados Unidos, cuja extradição foi negada por não haver certeza, mas apenas uma forte probabilidade, de que não se lhe aplicaria a pena de prisão per-pétua). Ao tempo a Constituição proibia apenas a extradição no caso de possibilidade de aplicação da pena de morte mas o Tribunal concluiu, numa linha de raciocínio, segundo o meu ponto de vista, difícil de seguir (já que parece derivar da conjugação do princípio da não aplicação de penas perpétuas em Portugal e da igualdade entre portugueses e estrangeiros), que a extradição também deveria ser negada sempre que não houvesse a certeza da não aplicação da pena de prisão perpétua.

[41] O art. 106.° do Estatuto (Controlo da execução da pena e das condições de detenção) afirma, no n.° 2: "As condições de detenção serão reguladas pela legislação do Estado da

Pode, contudo, entender-se que as razões que justificam a consagração constitucional do n.º 5 do art. 33.º estariam também presentes se a Constituição tivesse tomado em consideração a existência de tribunais penais internacionais (e, note-se, que já existiam dois, os Tribunais Ad Hoc para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda). Assim, parece correcta a ilação de que os mesmos condicionalismos se aplicariam à entrega para estes tribunais.

A delegação portuguesa às negociações do Estatuto do Tribunal foi a primeira a levantar este problema, defendendo, durante muito tempo, completamente isolada, a não consagração deste tipo de pena. Contudo, o enfoque da discussão estava na luta pela não consagração da pena de morte, exigida por um número relativamente grande de países. Tendo sido possível, após longos esforços, afastar a pena de morte, a nossa posição de relativo isolamento e o precedente dos Tribunais Penais Ad Hoc, que consagram a pena de prisão perpétua, fizeram com que centrassemos os nossos esforços na garantia factual de que, na prática, a pena de prisão perpétua nunca seria aplicada, designadamente quando havia possibilidade de reabilitação da pessoa condenada[42]. É assim que surge o n.º 3 do artigo 110.º (Reexame pelo Tribunal da questão de redução de pena), que estatui um regime de revisão obrigatória da pena: "Quando a pessoa já tiver cumprido dois terços da pena, ou 25 anos de prisão em casos de pena de prisão perpétua, o Tribunal reexaminará a pena para determinar se haverá lugar à sua redução. Tal reexame só será efectuado transcorrido o período acima referido.". O n.º 4 prescreve: "Aquando do reexame a que se refere o n.º 3, o Tribunal poderá reduzir a pena se constatar que se verificam uma ou várias das condições seguintes: a) A pessoa tiver manifestado, desde o início e de forma contínua, a sua vontade em cooperar com o Tribunal no inquérito e no procedimento; b) A pessoa tiver, voluntariamente, facilitado a execução das decisões e despachos do Tribunal em outros casos, nomeadamente ajudando-o a localizar bens sobre os quais recaiam decisões de perda, de multa ou de reparação que poderão ser usados em benefício das vítimas; ou c) Outros factores que conduzam a uma clara e significativa alteração das circunstâncias, suficiente para justificar a redução da pena, conforme previsto no Regulamento Processual;" e o n.º 5 declara: "Se, aquando do reexame inicial a que se refere o n.º 3, o Tribunal considerar não haver motivo para redução da pena, ele reexaminará subsequentemente a questão da redução da pena com a periodicidade e nos termos previstos no Regulamento Processual.

execução e observarão as normas convencionais internacionais amplamente aceites em matéria de tratamento dos reclusos. Em caso algum devem ser menos ou mais favoráveis do que as aplicáveis aos reclusos condenados no Estado da execução por infracções análogas."

42 Ver Costa Lobo, António, artigo citado.

O Regulamento Processual[43], por seu turno, veio consagrar, na Regra 223, os seguintes critérios adicionais aquando da revisão da pena: " ... a) a conduta da pessoa condenada durante a detenção, que demonstre uma dissociação real do seu crime; b) a possibilidade de ressocialização e de inserção bem sucedida da pessoa condenada; c) a circunstância de a libertação da pessoa condenada poder dar origem a uma instabilidade social significativa; d) Qualquer acção significativa da pessoa condenada para benefício das vítimas, bem como o impacto nas vítimas e sua famílias de uma libertação antecipada; e) circunstâncias individuais da pessoa condenada, incluindo a deterioração da sua saúde física ou mental ou a sua idade avançada.".

Assim, parece poder afirmar-se que, se acaso a razão de ser das normas constitucionais portuguesas que proibem a pena de prisão perpétua, é a crença na possibilidade de reabilitação da pessoa condenada, as garantias dadas no Estatuto e no Regulamento Processual e de Prova parecem suficientes para assegurar que quem dá indícios de que está reabilitado não continuará sujeito a prisão[44]. Mais preceitua a Regra 224 do Regulamento, no n.º 3, que todo o processo de revisão da sentença será conduzido por três juízes da Secção de Recursos do Tribunal, que promoverão uma audiência, e que, se não concluirem pela libertação da pessoa condenada, terão a obrigação de conduzir processo semelhante de três em três anos, salvo se decidirem que o intervalo deverá ser mais curto ou no caso de haver uma alteração significativa das circunstâncias.

Antes de prosseguir, gostaria apenas de salientar que, independentemente da posição que se defenda quanto à proibição de extradição quando a pena de prisão de perpétua pode ser aplicada (o que, sem dúvida, foi consagrado por se entender coresponder à defesa, o mais amplo que nos é possível, de princípios de humanidade, mas que também pode ser visto, por outros, como uma posição de arrogância cultural de imposição de valores a ordens estrangeiras que os não partilham), não deixa de ser estranha a redacção do n.º 5 do art. 33.º da Constituição, que parece negar um dos fundamentos básicos de qualquer democracia, que é a divisão dos poderes e a independência dos tribunais. Na verdade, ao exigir-se que o Estado requisitante"...ofereça

43 Como já referido, no seguimento da resolução F da Conferência Diplomática que aprovou o Estatuto, o Projecto de Regulamento Processual foi aprovado, por consenso, em 30 de Junho de 2000. Deverá ser submetido, para aprovação, à Assembleia dos Estados Partes, logo que o Estatuto entre em vigor, não se prevendo que lhe sejam feitas quaisquer alterações. O Regulamento pode ser encontrado na internet, no mesmo endereço referido para o Estatuto.

44 Claro que seria mais favorável à posição portuguesa que o Estatuto tivesse criado uma obrigação de libertação da pessoa condenada salvo nos casos em que se provasse a sua não reabilitação. Embora a delegação portuguesa tivesse tentado esta via, houve um consenso da parte de outras delegações em não a seguirem.

garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada" está a exigir-se algo de quase impossível, já que a resposta parece conduzir à interferência com os deveres de imparcialidade e a independência dos juízes (além de poder também colidir com a garantia de se desconhcer quem será o juíz que julgará o caso)[45].

Como as garantias que a Constituição busca têm que ver, disjuntivamente, ou com a aplicação ou com a execução da pena, parece-me que seria muito difícil conseguir obter, num documento, mais do que aquilo que o Estatuto de Roma consagra quanto à execução da pena, isto é, o processo obrigatório de revisão da pena do art. 110.°, que oferece todas as garantias de que a pena perpétua não será, na realidade, aplicada, já que para tal suceder teriamos uma situação em que o indivíduo se manteria convicto dos fundamentos do seu crime e em que, provavelmente, os quereria repetir logo que tal lhe fosse possível, situação esta que não pode ter sido a que fundamentou o n.° 5 do art. 33.° da nossa Constituição, já que todos os argumentos para o mesmo invocados vão no sentido da capacidade de reabilitação do indivíduo[46].

Creio, aliás, que era já este o entendimento da nossa lei interna e da posição que temos tomado face a vários instrumentos internacionais de cooperação judiciária no âmbito do espaço Schengen e da União Europeia. Aqui referir-me-ei apenas a dois deles, a Lei n.° 144/99, de 31 de Agosto de 1999 e a Convenção relativa à Extradição entre os Estados-Membros da União Europeia, de 1996.

A Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei n.° 144/99, de 31 de Agosto, afirma, no art. 6.°, n.° 1 f) que "O pedido de cooperação é recusado quando: f) Respeitar a infracção a que corresponda pena de prisão ou medida de segurança com carácter perpétuo ou de duração indefinida." mas declara, no n.° 2 b), que a alíne f) do n.° 1 não obsta à cooperação se " ...O Estado requerente oferecer garantias de que tal pena ou

[45] No caso Varizo, Acórdão n.° 474/95 do Tribunal Constitucional, já citado, os Estados Unidos afirmaram que "dentro do contexto da Constituição dos Estados Unidos, os juízes devem ser imparciais em relação aos processos que lhes são atribuidos. Assim, não é possível aos juízes assinar declarações sobre processos pendentes." (para. 5 do dito Acórdão). Embora neste caso se soubesse qual seria o juíz, por se ter tratado de um processo que envolveu vários co-arguidos e de ter sido confirmado que nenhum deles fora condenado à pena de prisão perpétua, o Tribunal Constitucional português não considerou ser esta garantia suficiente, pelo que não foi autorizada a extradição do arguido.

[46] É preciso aqui distinguir a questão de princípio da realidade das situações. De facto, nos países em que existe a pena de prisão perpétua esta é raras vezes executada. Assim, por exemplo, na Bélgica, em que a dita pena existe e não há, ao contrário do previsto no Estatuto de Roma, um processo de revisão obrigatório, a média da duração do cumprimento da dita pena é de 14 anos e alguns meses. Estes dados são semelhantes aos de muitos outros Estados.

medida de segurança não será aplicada ou executada;". E o n.° 3 refere que, entre outros factores de verificação desta garantia, "Para efeitos de apreciação da suficiência das garantias a que se refere a alíne b) do número anterior, ter-se-á em conta, nomeadamente, nos termos da legislação e da prática do Estado requerente, a possibilidade....de reapreciação da situação da pessoa reclamada...". Parece-me um argumento forte em favor da cooperação com um Tribunal Internacional (e não um Estado, sendo que os reconhecidos padrões internacionais de equidade e garantias de defesa serão cumrpidos) que inclui um mecanismo de revisão obrigatória da pena, como consta do preceituado no art. 110.°.

Parece também relevante, ainda quanto a esta Lei, referir quer o art. 3.°, sob a epígrafe "Prevalência dos tratados, convenções e acordos internacionais", prescreve:"1. As formas de cooperação a que se refere o art.1.° regem-se pelas normas dos tratados, convenções e acordos internacionais que vinculam o Estado Português e, na sua falta ou insuficiência, pelas disposições deste diploma.". Ora o art. 1.° refere, entre as formas de cooperação, a extradição (alínea a) n.° 1) e o n.° 2 aplica as ditas formas a tribunais internacionais, ao preceituar: "O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, à cooperação de Portugal com as entidades judiciárias internacionais estabelecidas no âmbito de tratados ou convenções que vinculem o Estado Português.".

Mais decisivas poderão ser ainda as considerações resultantes da "Convenção relativa à Extradição entre os Estados-Membros da União Europeia", de 27 de Setembro de 1996, que, com já referido, proibe, no artigo 7.°, n.° 1, a recusa de extradição baseada na nacionalidade da pessoa[47], admitindo, no n.° 3, a formulação de reservas, que, contudo, têm apenas a validade de cinco anos e cuja renovação se vai tornando progressvamente mais difícil. Parece-me importante salientar que esta Convenção não prevê qualquer possibilidade de recusa de extradição baseada no tipo de pena que poderá vir a ser aplicada, o que, segundo o art. 19.° c) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, deixa aberto o campo aos Estados para formulação de reservas desde que estas não sejam incompatíveis com o objecto e o fim do tratado (o que poderia aqui ser inclusivamente invocado). Ora Portugal fez uma declaração relativa a pedidos de extradição respeitantes a infracções a que correspondam penas ou medidas de segurança com carácter perpétuo, em que afirma que apenas concederá a extradição "... se considerar suficientes as

[47] O artigo prescreve, no seu n.° 1: "A extradição não pode ser recusada pelo facto de a pessoa sobre a qual recai o pedido ser nacional do Estado-membro requerido, na acepção do artigo 6.° da Convenção Europeia sobre Extradição.".

garantias prestadas pelo Estado-membro requerente de que aplicará, de acordo com a sua legislação e a sua prática em matéria de execução de penas, as medidas de alteração de que a pessoa reclamada possa beneficiar.". Não se está aqui a prever, através das "medidas de alteração" mecanismos semelhantes ao previsto no art. 110.° do Estatuto?

Por outro lado, como já foi afirmado, Portugal já está obrigado, presentemente, a entregar pessoas aos Tribunais Penais Ad Hoc, respectivamente, para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda, que podem aplicar a pena de prisão perpétua. Em ambos os Estatutos se prevê a pena de prisão perpétua (respectivamente, arts. 24.° e 23.°) e não poderão os Estados invocar o direito de julgarem os indivíduos em causa, pois estes Tribunais não são, ao contrário do Tribunal Penal Intenacional, complementares das jurisdições nacionais mas antes têm primazia sobre as mesmas (arts. 9.° e 8.°, respectivamente), prescrevendo-se, em ambos os casos, que o Tribunal Internacional "...terá primazia sobre os tribunais nacionais. Em qualquer fase do processo, o Tribunal Internacional pode requerer formalmente que os tribunais nacionais prescindam da sua competência em favor do Tribunal Internacional, de acordo com o presente Estatuto e as Regras de Processo e Prova do Tribunal Internacional.". Em virtude do art. 25.° da Carta das Nações Unidas, que prescreve que "Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e aplicar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta", Portugal, apesar de não ter aprovado ainda as leis de cooperação com os Tribunais Ad Hoc, está vinculado aos referidos Estatutos, tendo assim, necessariamente (sob pena de sanções por parte do Conselho de Segurança ou salvo decisão, única desde a criação da ONU, de se retirar da Organização) que entregar presumíveis autores de crimes sobre os quais estes Tribunais tenham competência. Aliás, como já referido, parece-me que aqui opera o n.° 3 do art. 8.° da Constituição, já que se trata de decisões vinculativas de órgãos das Nações Unidas, como são estes Tribunais, que se aplicam directamente na ordem portuguesa.

Mas ainda que tudo isto não fosse suficiente para convencimento de que o previsto no Estatuto não é incompatível com o disposto na nossa Constituição no que se refere à prisão perpétua, a operacionalidade do princípio da complementaridade seria, segundo o meu ponto de vista, suficiente para evitar quaisquer eventuais confrontos entre os dois instrumentos. O argumento é muito simples: Portugal só terá que entregar pessoas ao Tribunal Penal Internacional se quiser, isto é, se não se declarar competente para as julgar internamente, aplicando o seu sistema de penas, que não incluem a prisão perpétua. Isto levaria à assumpção da jurisdição universal para os crimes mais graves, o que, na verdade, já corresponde, em parte, a um compromisso existente em relação,

pelo menos, ao crime de genocídio (ver Convenção respectiva) e às violações graves das Convenções de Genebra de 49. Assim, proceder-se-iam a alterações da lei processual penal (no sentido de conferir competência aos nossos tribunais penais para julgar qualquer crime constante do art. 5.° do Estatuto, o que poderia ser feito por lei avulsa) mas não seria necessário empreender o complexo e moroso processo de revisão constitucional extraordinária, que se presta à utilização do Estatuto para obtenção de outras reivindicações políticas, completamente alheias ao mesmo, e que tem que contornar a questão dos limites materiais da revisão. Não se pense que, deste modo, os nossos tribunais ficariam repletos de casos respeitantes a estes crimes, já que, felizmente, eles são relativamente raros e a consagração da jurisdição universal em relação aos mesmos teria o efeito dissuasor de afastar potenciais criminosos do nosso país, já que estes, pelo menos, não procurariam aqui refúgio por conhecerem as nossas leis e saberem que os nossos tribunais os poderiam julgar. De certo modo, este efeito já é visível em alguns países, como a Espanha, que exige um vínculo de ligação muito mais ténue que o nosso para que os seus tribunais possam julgar indivíduos acusados de certos crimes graves, o que leva a que pessoas em relação às quais possa ser emitido um mandato de captura não se dirijam aquele país. Uma ordem jurídica que restringe a possibilidade de julgamento interno e que põe muitos limites à extradição, como, em parte, é a nossa, favorece, pelo contrário, uma situação de acolhimento de criminosos internacionais.

A alteração do nosso Direito Penal é, de qualquer modo, inevitável. Se acaso os crimes do Estatuto, que não estão, na sua maioria, previstos na nossa lei penal (são os casos de vários crimes contra a humanidade, como os crimes de natureza sexual ou o desaparecimento forçado de pessoas ou de vários crimes de guerra, como a proibição da utilização de certas armas, entre outros), entram na nossa ordem interna através da ratificação e publicação do Estatuto de Roma, devido ao preceituado n.° 2 do art. 8.° da nossa Constituição, o certo é que há que estabelecer penas para os mesmos (já que se aplica o sistema nacional de penas). Por outro lado, quanto à cooperação e assistência ao Tribunal, embora a referida Lei 144/99 garanta a primazia do disposto no Estatuto, não parece oferecer dúvidas que vários aspectos mais pormenorizados vão ter que ser regulamentados. Será, ainda, necessário, entre outros aspectos, proceder à compatibilização do art. 118.° do Código Penal (Prazos de Prescrição), que prevê a prescrição de todos os crimes, estabelecendo o prazo de 15 anos para os crimes mais graves, com o art. 29.° do Estatuto (Imprescritibilidade), que estatui: "Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.". Claro que, através da recepção do art. 8.°, n.° 2 da Constituição, o Estatuto, como tratado internacional, sobrepõe-se ao Código Penal mas como este prevê crimes seme-

lhantes, por vezes nos mesmos termos, como é o caso do genocídio, parece aconselhável a revisão do referido art. 118.º[48].

Claro que a principal razão pragmática da minha argumentação da desnecessidade de revisão constitucional tem que ver com os problemas levantados pelo art. 288.º (Limites materiais da revisão), que estatui: "As leis de revisão constitucional terão que respeitar: d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;". Ora é a própria Constituição que, na Parte I (Direitos e deveres fundamentais), no Título II (Direitos, liberdades e garantias), inclui as normas sobre prisão perpétua e sobre extradição. Parecia, assim, que a revisão constitucional não seria possível. Felizmente que a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias deliberou seguir a argumentação constante do parecer de Jorge Miranda, que, no seguimento do que tem defendido repetidas vezes[49], considera que os limites materiais da revisão apenas se aplicam "...aos direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio (art. 19.º, n.º 6 da Constituição) e quanto aos correspondentes à legitimidade democrática (arts. 10.º, 49.º e 51.º)...", não se contando entre eles, portanto, os direitos em causa referentes à prisão perpétua e à extradição[50]. Assim, estabeleceu-se uma distinção entre tipos de direitos, liberdades e garantias, que permite proceder à dita revisão. Embora tal distinção não me pareça decorrer da Constituição, felizmente que ela teve acolhimento pela Assembleia, já que só assim será possível, se enveredarmos pela necessidade da revisão constitucional, que a mesma se efectue[51].

[48] Embora a Constituição não se refira à questão da prescrição dos crimes, poder-se-ia, de forma algo forçada, apresentar o argumento de que o n.º 2 do art. 18.º não permite restrições a direitos, liberdades e garantias ("2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos."), constituindo a imprescritibilidade de alguns crimes uma dessas restrições. Contudo, pode invocar-se que essa restrição está prevista na Constituição porque esta garante um rol muito amplo de direitos, entre os quais os das vítimas de crimes.

[49] Ver Miranda, Jorge *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1998, p. 382.

[50] Ver Parecer de Jorge Miranda, já citado, págs. 24 e 25. Ver também, no mesmo sentido, o Relatório de Alberto Costa, também já citado, sobretudo págs. 21 e 22.

[51] O Governo, que tinha depositado, como vimos, na Assembleia da República, em 2000, uma proposta de resolução visando a aprovação do Estatuto de Roma, reformulou-a em 22 de Março deste ano, acompanhando-a agora de duas declarações, uma das quais manifestando a intenção de Portugal exercer a sua jurisidição sobre pessoas encontradas no território nacional e indiciadas pelos crimes previstos no art. 5.º do Estatuto, de acordo com a sua Constituição e legislação penal interna, e outra no sentido de que os pedidos de cooperação e demais documentos do Tribunal sejam redigidos em língua portuguesa ou acompanhados da respectiva tradução.

Cabe ainda sublinhar, que a Assembleia da República e a organização não-governamental "Parliamentarians for Global Action" promoveram, em 19 e 20 de Fevereiro deste ano, uma Conferência sobre a ratificação do Estatuto do Tribunal pelos países da CPLP, tendo sido

V – CONCLUSÃO

Assim, do meu ponto de vista, a revisão constitucional era desnecessária, de modo resumido porque: a proibição das imunidades quanto aos crimes em causa ou é Direito Consuetudinário Internacional (que é parte integrante do Direito português pelo n.º 1 do art. 8.º da Constituição) ou não pode valer porque constituiria a perversão dos seus próprios fundamentos; a proibição de extradição de nacionais (aliás, com excepções na Constituição, para crimes que, certamente, não são mais graves que os previstos no Estatuto de Roma) não se aplica porque o instituto é o da entrega para uma organização judicial internacional, sendo que há uma lacuna constitucional quanto à questão; finalmente, a proibição de aplicação da pena de prisão perpétua no nosso ordenamento está garantida (art. 80.º do Estatuto), a proibição de extradição para países que a possam impor, mais uma vez, não se aplica ao instituto da entrega e, ainda que se entenda que os fundamentos seriam os mesmos para aplicação por uma instância judicial internacional, o processo de revisão obrigatória da sentença (art. 110.º do Estatuto) garante a libertação de todos os reabilitados; se isto não for considerado suficiente, Portugal poderá sempre julgar, devido ao princípio da complementaridade, esses casos no nosso território, não lhes aplicando, assim, a pena de prisão perpétua.

Contudo, uma vez que foi decidido proceder a revisão constitucional (e ao tempo da redacção deste artigo, o processo encontra-se em análise na Assembleia, parecendo que prosseguirá sem problemas), o que, admito, tem as vantagens da clarificação de situações, esperemos que este decorra sem problemas e o mais rapidamente possível e leve à inclusão de uma cláusula geral que permita a efectiva colaboração plena tanto com o Tribunal Penal Internacional como com os Tribunais Penais Ad Hoc.

Houve quase um consenso mundial para a adopção do Estatuto de Roma: as dificuldades constitucionais têm muito que ver com as novas características do Tribunal. Assim, parece-me que a justificação e até a análise das mesmas tornam-se difíceis devido à falta de vocabulário adequado (vejam-se as dificuldades na aceitação do potencial total de "entrega") e porque a estrutura conceptual não está ainda ajustada a esta nova entidade (veja-se o caso das imunidades que visam proteger as autoridades de situações não presentes aqui). Quando se introduzem mecanismos que tentam fazer a ponte entre modelos diferentes, tal como a ideia de complementaridade, há normalmente dificuldades na apreensão de todas as suas implicações, já que perturbam

aprovado um documento final em que se propõe a ratificação por todos os Estados membros o mais rapidamente possível e num espaço temporal aproximado.

o modelo conceptual estabelecido, baseado em ordens judiciais estatais distintas (veja-se como normalmente é neglicenciado este aspecto quanto à questão da prisão perpétua).

Contudo, como já afirmei anteriormente, penso que os momentos de transição são normalmente muito frutuosos porque permitem uma harmonização criativa de princípios potencialmente contraditórios e podem originar novas entidades institucionais, como é o caso do Tribunal Penal Internacional, que se está a tentar trazer à luz. São também momentos cruciais pois são eles que moldam a nova ordem que está emergente, apontando os sentidos a seguir que se consolidarão em características futuras. Espero que seja possível, a curto trecho, operar, com a ajuda de normas e princípios jurídicos, uma mudança para uma ordem que, ao institui-lo, condene, na prática, os abusos mais graves do poder, já que é este o papel mais nobre a que o Direito alguma vez pode aspirar.

Lisboa, 3 de Abril de 2001

THREE PARADIGMS OF TAXATION. TOWARDS A PROCEDURAL RECONSTRUCTION OF TAX LAW

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ[1]

INTRODUCTION

It might be true that nothing is more certain than death and taxes[2]. But there is a clear difference between the two. While death is only partially a social construction, taxes are exclusively a product of our institutional imagination. They are not hard facts belonging to the empirical realm, but political institutions, creatures of the *in-between* individuals that is politics[3]. If that is so, the way to deal with the social discontent with tax law, reflected in the ongoing tax crisis, is no other than politics itself.

This short essay is intended as a prologue to a *procedural reconstruction of tax law*. Or what is the same, it pretends to be a move towards a new way of thinking about taxes that takes on board the shortcomings of both the formal and material understandings of tax law, characteristic of the laissez-faire and the welfarist states. This new way of conceptualising tax law is regarded as a basic point of departure for a theory of European and democratic tax law.

More precisely, this paper provides some historical background. It assumes that tax law can be seen both as a sort of mirror that reflects the socio-economic structure of a given political community and as a transmission belt that can be used to accommodate the economic organisation of society to changes in its *political* constitution. It proceeds by distinguishing two main different paradigms of taxation in the history of Western legal systems. Or what is the same, it structures tax history around two different images of society inscribed in the tax system[4]. Each paradigm can be described in more

[1] Professor da Arena, Universidade de Oslo.

[2] This is the famous statement of Benjamin Franklin.

[3] Arendt, 1997, 45.

[4] Habermas, 1996a, 338 defines legal paradigms as horizons of currently dominant preunderstandings of contemporary society. Cf. Also Habermas 1996b, 771. The role played by legal paradigms in legal education has been explored in Anglo-Saxon legal theory. Cf. MacCormick, 1978, 122, Dworkin 1986,10, 87-9, 245, 265 and Bell 1986,46-9.